El fuero indígena en Colombia

*Rafael Ángel Ramírez Restrepo**

Introducción

El presente es un texto de carácter jurídico que tiene el fin de facilitar a las y los defensores públicos la atención a las personas indígenas, en virtud de su competencia para actuar en las primeras diligencias ante los jueces de control de garantías o, de ser el caso, de remitirlas a las autoridades indígenas correspondientes. Supone una definición del concepto de “indígena” que toma en consideración la visión del fuero territorial o geográfico, así como del fuero personal, y la posibilidad de la persona indígena de renunciar al mismo. A partir de ello se determinará la competencia de la justicia ordinaria o indígena.

La determinación de la competencia es fundamental en la asistencia judicial de los integrantes de las comunidades indígenas, pues de ella dependen los soportes legales y constitucionales. Este tema es de relevancia actual en la medida de que en Colombia existe un conflicto de competencias sobre la investigación y juzgamiento de las personas indígenas que han violado el estatuto punitivo penal (Ley 599 del 24 de julio de 2000, con sus reformas) fuera de sus resguardos o sus comunidades, pues conservan su fuero personal y territorial o geográfico. La persona indígena infractora de la ley penal

* Abogado Universidad de Medellín, especializado en Derecho Penal y Criminalística y en Legislación Ambiental de la Universidad de Medellín; especialista en Investigación Criminal y Juzgamiento en el Sistema Penal Acusatorio de la Universidad Católica de Colombia; candidato a Magister en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín; estudiante de la Especialización en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Santo Tomás; Defensor Público adscrito a la Oficina Especial de Apoyo y Capacitación de la ciudad de Medellín, Antioquia. Expositor internacional de la organización académica ITESIS PERU; miembro honorario del Colegio de Abogados del Callao y de Ica, Perú; asesor académico de la Universidad Alas Peruanas, Ica, Perú; miembro honorario vitalicio de la barra de abogados de Morelos, México.

es integrante activa de una comunidad o resguardo determinado; por ello, el gobernador de ese resguardo o comunidad exige a la justicia ordinaria la entrega de expedientes o carpetas de juicio para investigarlas y juzgarlas, ya que, de acuerdo a la vigencia del artículo 246 de la Carta Política, deben ser juzgadas por la justicia indígena.

Este trabajo se respalda en diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional, apoyo jurisprudencial del defensor público al atender a un usuario indígena. Por la vía de acción de tutela, ésta ha adoptado un tratamiento especial para las personas indígenas, y ha hecho referencia al destierro o desarraigo de la tierra ancestral en los eventos de la sanción impuesta por la comunidad indígena a la cual pertenece la persona infractora, lo mismo que a la confiscación de su parcela, compatible con el tiempo de la sanción. Estas situaciones son posibles gracias a la autonomía de los pueblos indígenas, otorgada por la Carta Política colombiana.

1. El carácter multiétnico y pluricultural de la República de Colombia

Desde la entrada en vigencia de la Constitución Política de Colombia (CP) de 1991, se dieron a conocer normas que permiten comprender el alcance del carácter multiétnico y pluricultural de este país. La interculturalidad supone interpretar los casos y resolver problemas que no habían sido cotidianos para los jueces ni para las autoridades, que no excluyen la posibilidad de una ampliación de la interpretación de los derechos y, por supuesto, de las medidas concomitantes. Es la seguridad de que toda persona será juzgada de acuerdo a sus tradiciones y costumbres, así como la garantía de justicia pronta, independiente, eficiente y justa.

La naturaleza multiétnica de la nación colombiana (CP, art. 7) da lugar a la adopción del principio del respeto a la diversidad étnica y cultural. En ese escenario, el Estado colombiano ha admitido la importancia y la inaplazable necesidad de reconocer y garantizar la existencia de comunidades culturales diversas, como elemento esencial para su conservación, permitiendo a las personas y grupos

humanos, “definir su identidad, no como ciudadano, en el concepto abstracto de pertenencia a una sociedad territorial y a un Estado gobernante, sino una identidad basada en valores étnicos y culturales concretos”¹, como señala la Corte Constitucional colombiana.

El artículo 11 de la CP, siguiendo las tendencias internacionales, establece que Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto a la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. En virtud del reconocimiento de la diversidad étnica y la interculturalidad, el Estado colombiano se vio enfrentado a un nuevo escenario en donde la bandera de los derechos humanos ha tomado el lugar que tenía la revolución social hace unas décadas. Se trata de una transformación fundamental, porque implicó el paso de un modelo clásico de Estado liberal, en donde la función fundamental del Estado era la protección de la propiedad individual, a un Estado organizado para defender y garantizar la plena realización de los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

En el contexto multicultural mencionado, el principio de la igualdad ante la ley (CP, art. 13) sufre una transformación importante a partir del reconocimiento del derecho a la diferencia y, en particular, con relación a la adopción del derecho de todas y todos los colombianos a la diferenciación positiva, al adoptar filosóficamente la fórmula del relativismo cultural y del pluralismo jurídico.

2. Derechos fundamentales y diversidad étnica y cultural

Los derechos a la diversidad étnica y cultural y a la autonomía de la que gozan las comunidades indígenas están consagrados en la CP, en los tratados internacionales sobre derechos humanos firmados y ratificados por Colombia – como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Declaración de

1 Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia T-496 del 26 de septiembre de 1996. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas – y en parte de la legislación nacional. Éstos incluyen derechos territoriales, jurisdicción propia, reconocimiento y protección de las tradiciones, lengua y cultura, y el otorgamiento de un espacio legal que permita la capacidad para autogobernarse, manejar recursos propios, emitir normas y sancionar. Sin embargo, la normativa sobre el reconocimiento de la diversidad étnico-cultural no presupone una escisión definitiva entre las comunidades indígenas, reconocidas en su especificidad, y el contexto nacional, ya que si bien los primeros son autónomos y tienen derecho a autogobernarse, también deben conciliarse con el principio de unidad nacional, manteniendo la coordinación y armonía.

A pesar de que en Colombia existe un catálogo muy extenso de derechos humanos fundamentales, en ocasiones su aplicación se vuelve problemática cuando un derecho fundamental se enfrenta a otro; de ocurrir, esta situación se debe ponderar atendiendo el núcleo esencial de cada derecho. En materia indígena, según ha dicho la Corte Constitucional,

[...] existe una tensión entre el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural y la consagración de los derechos fundamentales. Mientras que estos filosóficamente se fundamentan en normas transculturales, pretendidamente universales, que permitirían afianzar una base firme para la convivencia y la paz entre las naciones, el respeto de la diversidad supone la aceptación de cosmovisiones y estándares valorativos diversos y hasta contrarios a los valores de una ética universal².

En la búsqueda de una solución a esta tensión, la CP no adopta ni una posición universalista extrema ni un relativismo cultural incondicional: propugna por el respeto a los parámetros valorativos de los distintos pueblos indígenas. Si esto no fuera así, se restaría toda eficacia al pluralismo que inspira el texto de la Carta. En otras palabras, el derecho a la diversidad étnica y cultural, en el escenario

2 Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia T-254 del 30 de mayo de 1994. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

de la jerarquía dogmática mencionada, sólo puede verse limitado por la defensa prevalente de los derechos a la vida y a la integridad personal. Sobre el particular la Corte Constitucional ha dicho:

La interpretación de la ley como límite al reconocimiento de los usos y costumbres no puede llegar hasta el extremo de hacer nugatorio el contenido de éstas por la simple existencia de la norma legal. El carácter normativo de la Constitución impone la necesidad de sopesar la importancia relativa de los valores protegidos por la norma constitucional – diversidad, pluralismo – y aquellos tutelados por las normas legales imperativas. Hay un ámbito intangible del pluralismo y de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas que no puede ser objeto de disposición por parte de la ley, pues pondría en peligro su preservación y se socavaría su riqueza, la que justamente reside en el mantenimiento de la diferencia cultural³.

La sentencia de la Corte Constitucional T- 496 de 1996 reseñó lo siguiente:

En aquellos eventos en los cuales resulta fundamental efectuar una ponderación entre el derecho a la diversidad étnica cultural y algún otro valor, principio o derecho constitucional, se hace necesario entablar una especie de diálogo o interlocución – directa o indirecta –, entre el juez constitucional y la comunidad o comunidades cuya identidad étnica y cultural podría resultar afectada en razón al fallo que debe proferirse.

3. El fuero indígena

En el plano legal en desarrollo del pluralismo jurídico que promueve la CP, el marco nacional está conformado por el “fuero indígena”, que es una compilación de normas y procedimientos especiales que regulan todo el escenario de las relaciones entre la sociedad nacional y los diferentes pueblos indígenas. Una vez declarada la independencia de la República colombiana, el Congreso y el Gobierno expidieron

3 Ibidem.

una serie de normas dirigidas a regular los resguardos indígenas y algunas formas de organización social asociadas a los territorios. Con esa finalidad se aprobaron la Ley 1984 de mayo 25; la Ley de Auxilio de los Indígenas, el 3 de agosto de 1824; la Ley 85 del 10 de junio de 1871; la Ley 11 de 27 de abril de 1874, y la Ley 89 de 25 de noviembre de 1890. Estas disposiciones consolidaron el fuero indígena.

Con posterioridad a la expedición de la Ley 89 de 1890, se profirieron una serie de normas especiales que constituyen el ordenamiento legal indigenista. La normativa del fuero indígena ha sufrido una interesante evolución: parte de una posición abiertamente paternalista, que consideraba a las personas indígenas como menores de edad, sujetas a la tutela del Estado, y pasa lentamente a convertirse en una legislación que propende por la autonomía y la igualdad de derechos y oportunidades, es decir, que les considera ciudadanas y ciudadanos colombianos.

En segundo lugar está la Ley 21 de 1991, que aprueba la ratificación del Convenio 169 de la OIT. La adopción de esta normativa tuvo que ver con la evidencia de que “en muchas partes del mundo [...] los pueblos indígenas [...] no gozan de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados nacionales en que viven, y que sus leyes valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión”⁴. Al respecto, los literales a) y b) del numeral 2 del artículo segundo del Convenio 169, establece que los gobiernos deberán implementar medidas que “aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar en pie de igualdad de los derechos y oportunidades que la legislación otorga a los demás miembros de la población [...] Y que estos promuevan la efectividad de los derechos, económicos y culturales de estos pueblos sobre la base fundamental del respeto a su identidad social y cultural, sus costumbres, tradiciones e instituciones”.

El magistrado Carlos Gaviria Díaz, en la Sentencia de la Corte Constitucional T-496 de 1996, expresó lo siguiente sobre el fuero indígena:

4 Considerando 5 del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989).

Ahora bien, el reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales se deriva del derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero. En efecto se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de un ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo.

Sin embargo, esto no significa que siempre que esté involucrado un aborígen en una conducta reprochable, la jurisdicción indígena es competente para conocer de dicho hecho. El fuero indígena tiene límites, que se concretarán dependiendo de las circunstancias de cada caso. Por ahora podemos señalar que 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 distinción es importante porque algunas veces, se atiende al fuero personal, o al territorial, indistintamente para determinar la competencia. Debe reiterarse, entonces, que la coordinación entre este tipo de fueros corresponde a las circunstancias particulares de cada caso.

a. Criterios para determinar el fuero indígena

Las comunidades indígenas tienen el derecho a que la jurisdicción indígena sea respetada, de manera que una vez asumido un caso para su conocimiento, la decisión adoptada tiene la misma jerarquía de una sentencia ordinaria. Se ciñen entonces al respeto a la vida, a la prohibición de la tortura, los tratos crueles, degradantes e inhumanos, y al debido proceso, al igual que al respeto de la diversidad étnico-cultural, ya que a mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía. Es por ello que la Corte Constitucional determinó

varios criterios para definir el fuero indígena y la jurisdicción especial indígena:

El criterio objetivo, que se refiere a que en principio cualquier controversia que se presente en un territorio indígena debe ser resuelto en su comunidad; en segundo lugar el criterio territorial, que se refiere a que la comunidad puede juzgar cualquier conducta cometida en su ámbito geográfico o espacial; en tercer término el factor personal, que se refiere a que si se trata de un miembro de la comunidad indígena debe ser juzgado por ésta, teniendo en consideración el grado de pertenencia y de integración del sujeto a su comunidad, es decir, que comparta su propia cosmovisión, criterio que también recibe el nombre de criterio subjetivo. Por último, se debe tener en cuenta también el factor institucional, es decir, que existan una serie de normas, procedimientos y costumbres que tengan cierto grado de predictibilidad de carácter genérico⁵.

Estos elementos, determinantes para establecer el fuero y la aplicación de la jurisdicción indígena, pueden tener algunas excepciones que debe resolver el juez. En algunos casos, éste deberá ponderar entre los diferentes criterios de aplicación del fuero indígena y escoger si se debe aplicar la normativa nacional o la normativa de determinada comunidad indígena.

Para determinar los componentes del fuero indígena, es importante tener en consideración:

- **¿Qué se entiende por “indígena”?** Es la persona que pertenece a un pueblo y a una cultura indígena, es compartir una comunidad con reglas y valores, que es vernácula (anterior a la llegada de los españoles a América).
- **¿Quién es indígena?** El derecho a ser indígena comienza con la autoidentificación, es decir, la persona se considera indígena y manifiesta respeto por la identidad colectiva, la cosmovisión, la conciencia y la personalidad indígena.

5 Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia T-496 del 26 de septiembre de 1996.

- **¿Cuándo se deja de ser indígena?** Si el ser indígena es la manifestación de pertenencia a una colectividad, es decir, la pertenencia a una comunidad, a un pueblo y a una nación indígena, que tiene una continuidad histórica con las sociedades precolombinas, se deja de ser indígena cuando no se preserva, no se desarrolla y no se transmite la identidad a las generaciones futuras, como base de la existencia continua como pueblos, y se rompe con esos patrones culturales – trajes, medios de vida, estilos de vida, preservación de la naturaleza, idioma –, se desconocen sus instituciones culturales – danzas, jefes, chamanes, médicos – y no se acatan sus sistemas legales – resistencia a la autoridad del gobernador.
- **¿Quiénes definen el fuero indígena?** Cuando el indígena está desarraigado de su comunidad y se encuentra fuera de sus resguardos, es cuando empieza a ser objeto de análisis el fuero indígena. Esta persona sale de su territorio y, a pesar de ello, conserva su fuero personal. Pero es el propio individuo quien resuelve seguir conservando sus patrones culturales o no. Sin embargo, resulta curioso que quien define la calidad de indígena es el operador ordinario colombiano, es decir, el Consejo Superior de la Judicatura (CSJ), por medio de conflictos de competencia, o la Corte Constitucional, por vía de tutela o amparo, descartando la posibilidad de que sean las mismas personas indígenas quienes definen su situación legal.

b. ¿Se puede renunciar al fuero indígena?

La Corte Constitucional ha determinado la posibilidad de renuncia a la jurisdicción indígena o al fuero especial mediante tres supuestos, a saber:

[...] por una parte (i) la renuncia de la comunidad al ejercicio de la jurisdicción indígena, (ii) la renuncia del miembro de la comunidad al fuero, por considerar que no se considera indígena o que desiste o reniega de dicha calidad, y (iii) la sanción por parte de las autoridades indígenas que ante determinadas conductas del miembro de la

comunidad establecen como pena la renuncia a ser miembro de la comunidad a que pertenecen⁶.

Por lo tanto, se puede decir que es posible renunciar a la calidad de indígena y que, además, al no dar cumplimiento a los patrones culturales y desconocer las instituciones culturales y sus sistemas legales, el individuo debe ser relegado de esa calidad. Así, la renuncia a la calidad de indígena conlleva automáticamente la renuncia a la jurisdicción especial indígena y al fuero indígena, ya que ambos son un solo cuerpo y no se podría renunciar a la primera sin hacerlo a la segunda.

Existen, sin embargo, varias apreciaciones sobre el particular, que muestran que no hay acuerdo ni al interior del CSJ –dos criterios diferentes en menos de cuatro meses–, ni tampoco en el caso de la Corte Constitucional, ya que la posibilidad de renuncia al fuero indígena se da precisamente cuando las personas no están o no habitan en los resguardos o comunidades indígenas.

La Corte Constitucional no ha estudiado a profundidad el tema, aunque hay que tener en cuenta que inicialmente la Sala Disciplinaria del CSJ había establecido la imposibilidad de renuncia al fuero por considerar que con ello se vulneraban los principios del juez natural, el ejercicio del derecho del indígena comprometido en el conflicto y el derecho a la igualdad, al debido proceso y al acceso a la justicia. Sin embargo, en una decisión reciente varía el criterio de su homólogo y no aplica lo consignado por la Corte Constitucional sobre la irrenunciabilidad al fuero.

En un pronunciamiento que se dio al analizar una tutela en la que una integrante del pueblo Puinave, en Guainía – que se había alejado de su pueblo y solicitaba que se anulara una conciliación entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y su pueblo, en la que le quitaron a su hija –, la Corte Constitucional ordenó al ICBF que se iniciaran las labores para recuperar los lazos afectivos entre

6 Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia T-001 del 11 de enero de 2012. Magistrado ponente: Juan Carlos Henao.

la madre y su hija. En dicha sentencia de tutela⁷, el magistrado Juan Carlos Henao Pérez admite de manera tangencial la posibilidad de esa renuncia, ya que afirma que, aunque el fuero indígena y la jurisdicción especial indígena son irrenunciables, cuando se trata de un integrante de una comunidad indígena que decide renunciar a su condición de indígena en un caso concreto, el juez constitucional deberá tener en cuenta los siguientes parámetros:

- i. Que la renuncia sea definitiva.
- ii. Que sea en desarrollo del principio de autonomía.
- iii. Que no sea utilizada como una estrategia para recibir un mejor trato de parte de la jurisdicción ordinaria.
- iv. Que se manifieste mediante una convicción íntima de no querer seguir siendo miembro o parte de la comunidad a la que pertenece.

Sin estos parámetros se limitarían los principios de identidad étnica y cultural de las comunidades indígenas. Además, no se trata una renuncia a la condición de indígena, sino a la jurisdicción especial y al fuero indígena.

En sus consideraciones, la Corte Constitucional se apoya en el principio de maximización de la autonomía de los pueblos indígenas y la minimización de restricciones. En ese sentido, determina que la renuncia a la jurisdicción especial y al fuero indígena no son inescindibles de la calidad de indígena; además, si en el caso concreto no se evidencia que se haya renunciado a la calidad de indígena, no se puede decir que haya renunciado a la jurisdicción especial ni al fuero indígena, es decir, no se le pueden dejar de aplicar. Por otro lado, determinó que las personas indígenas sí pueden renunciar a su justicia, si así lo desean, pero en ese caso también deben hacerlo de su condición de indígenas.

7 *Ibídem.*

Ahora bien, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del CSJ, en sentencia de tutela del 18 de octubre de 2012, precisó que el fuero indígena es un derecho irrenunciable, ya que hace parte de la autonomía e institucionalidad referida a la existencia de autoridades, usos, costumbres y procedimientos de esas comunidades. Indicó también que las personas indígenas no pueden elegir por conveniencia entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena, en los casos en que hayan mostrado conductas tipificadas como delitos:

Dentro de su sistema de enjuiciamiento se garantizó el derecho a la defensa, sin que pueda considerarse que haya sido desconocido por el hecho de no haber participado un defensor en el proceso, pues de acuerdo con los usos y costumbres de la comunidad indígena Yaquiva, es el propio inculpado quien puede ejercer el derecho a la defensa⁸.

Al negar una tutela mediante la que un indígena pretendía ser juzgado por la justicia ordinaria, así como que se revocara la condena a 25 años de prisión impuesta por su comunidad, la judicatura aseguró que en la pena proferida por el Resguardo de Yaquiva, de Inza, no fue violado el derecho al debido proceso del comunero en mención. El indígena Orlando García Chavaco, quien se encuentra detenido en la cárcel San Isidro de Popayán, fue juzgado mediante el proceso de la jurisdicción especial de su resguardo y hallado culpable por los delitos de hurto, tentativa de homicidio, intento de violación y por pertenecer a una banda criminal. Renunciando al fuero indígena, quiso dejar sin efectos la sentencia que le impusieron los miembros de su resguardo. En esa oportunidad el CSJ expresó:

No es posible que individualmente se pretenda elegir a su juez, soslayando el principio del juez natural, más por factores de conveniencia que de verdadera justicia. La aplicación del derecho indígena y su eficacia se originan en la aceptación de sus autoridades, por ello, resulta algo incomprensible que uno de sus miembros quiera desconocer sus raíces, sus usos y costumbres⁹.

8 CSJ de la República de Colombia, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, sentencia 19001110200020120042701 del 18 de octubre de 2012. Magistrado ponente: Pedro Alonso Sanabria.

9 *Ibidem*.

La Judicatura consideró que, aunque la jurisdicción indígena tiene un procedimiento diferente al del proceso ordinario, igualmente está amparado por la CP, y que el fuero indígena como derecho es irrenunciable y hace parte de la autonomía e institucionalidad referida a la existencia de autoridades, usos, costumbres y procedimientos de esas comunidades. Indicó también, que “resulta extraño” que alguien desee renunciar a ellos.

En otro caso, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del CSJ asumió una nueva posición jurisprudencial sobre los conflictos surgidos entre las jurisdicciones ordinaria e indígena, al concluir que los aborígenes sí pueden renunciar al fuero especial que los cobija. La Sala se apartó de la posición asumida por la Corte Constitucional en la sentencia T-001 del 11 de enero de 2012, sobre la posibilidad de que sea el resguardo el que renuncie al derecho de juzgar a sus integrantes, y consideró admisible que el aforado se abstenga de ser procesado por las autoridades de la comunidad a la que pertenece, siempre que esto no tienda a la impunidad, vulnere los derechos de las víctimas o implique apartarse de su identidad cultural. Así las cosas, el aforado puede manifestar su intención de que la justicia ordinaria intervenga en su litigio, sin que esto implique la pérdida de su condición de indígena o esta sea una condición de validez de dicha manifestación de voluntad. Vale la pena mencionar que manifestó que el fuero indígena “es irrenunciable, en el marco de la autonomía e institucionalidad referida a la existencia de autoridades, usos y costumbres”¹⁰. Por lo tanto, la situación de la renuncia o no del indígena a la calidad de ser indígena y que ello no implica la renuncia a la jurisdicción especial y al fuero indígena, queda supeditada a una amplia y discreta interpretación del juez constitucional que resuelva la situación en el caso concreto, y no corresponde a los pueblos indígenas definir esa situación.

10 CSJ de la República de Colombia, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, sentencia 11001010200020120199800 del 30 de enero de 2013. Magistrado ponente: Henry Villarraga.

4. El Convenio 169 de la OIT

Como ya se ha mencionado, el Convenio 169 de la OIT fue integrado al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991. El tratado obliga al Estado colombiano a tomar acciones concretas dirigidas a promover, proteger y garantizar los derechos de los pueblos indígenas, entre ellos, el derecho a la autonomía, fundamentado en la consulta previa, el derecho a definir sus prioridades de desarrollo y el derecho a tener sus propias instituciones y autoridades. El artículo 6 de esta ley consagra que los gobiernos deberán consultar a los pueblos indígenas, mediante los procedimientos adecuados y a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas, legislativas o administrativas, susceptibles de afectarles directamente.

Los componentes esenciales del Convenio 169 son:

- i. Protección de los derechos humanos y especiales de los pueblos indígenas y tribales de países independientes.
- ii. Fortalecimiento del goce de derechos fundamentales por parte de personas que integran los grupos étnicos.
- iii. Promoción del respeto de sus formas particulares de vida, relacionadas con su cultura, cosmovisión, valores, costumbres, creencias, lengua, formas de organización social, de economía, de relación con el entorno, de educación, entre otras.
- iv. Reconocimiento de los vínculos de los pueblos indígenas con sus territorios ancestrales, incluida su relación especial con la tierra.
- v. Reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a los recursos naturales existentes en los territorios y a la protección de su relación con estos. Éstos comprenden el de participar en la utilización, administración y conservación de los recursos que existan en los territorios.

5. El carácter público de las decisiones de las comunidades indígenas

Las parcialidades o comunidades indígenas son “entidades públicas de carácter especial, encargadas de proteger a los indígenas”. Su administración corresponde a los cabildos y a las autoridades tradicionales¹¹. Esto significa que las autoridades tradicionales indígenas cumplen funciones públicas y, en ese sentido, tienen la condición de autoridades públicas. Es más, respecto de las autoridades tradicionales y los cabildos indígenas la locución “autoridad pública” no es sinónimo de “autoridad administrativa”, porque, si bien cumplen este tipo de funciones, como se desprende de la lectura del artículo 330 de la CP, también lo es que en virtud a lo dispuesto en el artículo 246 de la misma, tienen también funciones jurisdiccionales, administrativas y legislativas.

La principal competencia de las autoridades tradicionales indígenas es la sabiduría, que se expresa en la palabra justicia, debiendo de ser mirada y estudiada a la luz de tres ámbitos: el material (conductas), el personal (sujetos), y el espacial (lugar):

- **Ámbito de validez material.** Se relaciona a las materias que pueden conocer las autoridades indígenas. Sobre este particular resalta que, a diferencia de los demás jueces colombianos, los indígenas tienen competencia material general, es decir, pueden conocer todos los asuntos que puedan llegar a vulnerar la integridad étnica de los pueblos indígenas. Es decir, la jurisdicción especial no se limita al campo del derecho penal.
- **Ámbito de validez personal.** Analiza la competencia atribuida al legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional, pues, si bien aún no se ha dado desarrollo legal sobre esta materia, la última parte del artículo 246 de la CP establece la necesaria coordinación

11 Consejo de Estado de la República de Colombia, concepto de sala de consulta, 16 de noviembre de 1983.

entre los distintos sistemas. Esta situación puede llegar a generar conflictos de competencia. Para resolver estos conflictos, la Corte Constitucional ha establecido una serie de reglas básicas¹²:

- Cuando el conflicto jurídico se presenta entre miembros de una misma comunidad y en el territorio de esta (conflicto intraétnico), en aplicación de los llamados fueros territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer las funciones judiciales, sin importar la materia sobre la cual verse el conflicto.
- Cuando el conflicto jurídico se desarrolla entre dos sujetos de distintas comunidades étnicas o culturales, caso en el cual se pueden dar dos situaciones:
 - Cuando la situación jurídica solo es regulada por el ordenamiento nacional, en principio los jueces de la República son los competentes para conocer del caso; pero como se encuentran con una persona de otra comunidad cultural tienen la obligación de determinar si el sujeto entendía la ilegalidad de su conducta, para efectos de reconocerle o no el derecho al fuero. En este evento se pueden dar dos situaciones: si el sujeto entendía la reprochabilidad jurídica de su conducta, en principio la situación estará determinada por el sistema jurídico nacional; en caso contrario, el juez deberá considerar devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su cosmovisión y su especial conciencia étnica.
 - En caso de que la conducta sea regulada en ambos ordenamientos, es claro que por la diferencia de racionalidades, el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica de la persona y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea devuelto, juzgado y

12 Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia T-496 del 26 de septiembre de 1996.

sancionado conforme al sistema jurídico de su comunidad a través de sus autoridades o por las autoridades nacionales.

- **Ámbito de validez territorial.** La norma constitucional (CP, art. 246) y las normas legales que regulan la materia (Ley 270 de 1996, arts. 11 y 12) determinan claramente que las competencias judiciales de las autoridades de los pueblos indígenas están limitadas en principio a la resolución de los conflictos que se presenten en sus territorios ancestrales.

La estructura que tiene el fin de asumir la discusión, análisis y definición de problemas relacionados con la justicia tradicional indígena es el Consejo de Justicia Indígena (CJI), que funciona por zonas y está integrado por cinco a diez personas. En él participan los integrantes de las comunidades reconocidas. Las personas integrantes del CJI deben pertenecer a diferentes familias; algunas deben ser adultas, otras jóvenes; deben ser elegidas en un encuentro de las zonas y se deben determinar claramente los intereses y niveles de autoridad, para que los problemas se puedan abordar entre todos los participantes, evitando que se contradigan en sus decisiones con el argumento de que se está defendiendo a una familia en particular. Dividen las conductas antisociales en tres grandes bloques:

- **Delitos sociales**, tales como desobediencia, infidelidad, rebelión, homicidio, lesiones personales, entre otros.
- **Delitos culturales.** Se ha orientado a las y los promotores de salud de las comunidades para que, ante denuncias de jaibanismo¹³, maleficios o tomas, examinen a la persona afectada para verificar la enfermedad, pues se han presentado casos de enfermedades de origen somático que son achacadas a la acción de algún miembro de la comunidad.

13 Un aspecto central de la vida de los Embera (pueblo indígena colombiano) es su relación con los espíritus *jai* por medio de sus *jaibanás*, chamanes que tienen poder mágico espiritual, desde el cual se regula la vida, la salud, la subsistencia y la naturaleza.

- **Delitos de tierras y recursos naturales**, como la deforestación sin justa causa, la destrucción de cultivos de una parcela y la invasión de territorios de una comunidad.

6. Pasos a seguir en la atención del defensor público a un usuario indígena

a. Entrevista inicial

Es de central importancia llevar adelante una entrevista inicial que cree un ambiente de confianza sobre la función del defensor público, en consideración de que se trata de un servicio gratuito, que existe para ayudar a quienes más lo necesitan. En ella se debe:

- Determinar si la persona indígena habla español o si requiere de traductor o intérprete¹⁴.
- Registrar, en formulario *ad hoc*, el pueblo indígena al que pertenece y sus autoridades tradicionales.
- Hacer las preguntas necesarias para identificar al gobernador de la comunidad e informarle sobre la aprehensión.
- Determinar si la persona está de acuerdo en ser atendida por una o un defensor público.
- Si lo está, preguntar sobre los datos personales: ocupación, domicilio, nivel educativo, vínculo familiar. En su defecto, se le notifica que renuncia a la defensa pública.

b. Determinación de las condiciones del procedimiento de captura

En esta etapa se debe determinar si:

- La captura obedeció a situaciones de flagrancia o en virtud de una orden judicial.

14 Ley 906 de 2004, art. 8.

- Se dio lectura de los derechos de la persona detenida.
- Ha recibido buen trato antes, durante y después de la captura.
- Ha tenido la posibilidad de comunicar a su familia sobre su captura.
- Conoce porqué fue detenido.
- Ha tenido comunicación con una o un abogado antes de esta entrevista.
- Estaría de acuerdo en ser atendido por una o un defensor público, que le acompañara en cada una de las diligencias.

Además, la persona detenida debe de entrar en conocimiento de las Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, especialmente en lo que toca a los artículos 58, 59, 60 y 61 de la segunda sección. También se deben explicar las actuaciones judiciales a las que está convocado, sus alcances y significado, con un grado mínimo de dificultad. En cuanto a las notificaciones y requerimientos, se usarán términos y estructuras gramaticales simples y comprensibles. Se fomentarán los mecanismos necesarios para que comprenda la oralidad, los juicios, las comparecencias y otras actuaciones orales en las que participe.

c. Determinación de los elementos del fuero indígena

En esta etapa se llevará adelante un examen exhaustivo sobre la calidad de indígena, el significado de ser indígena. Se le pregunta si posee documentos para probar su identidad étnica o si éstos se pueden conseguir. Igualmente, se le preguntará sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, si fueron en el interior de su comunidad o fuera de ella.

d. Cambio de la jurisdicción

De configurarse los dos elementos – el personal y el territorial –, se está frente a una persona indígena con fuero. Esto supone la utilización de una estrategia de defensa específica, que implica solicitar un cambio de jurisdicción por falta de competencia de la justicia ordinaria o por la necesidad de hacer efectivos los derechos de la persona detenida. Lo indicado es:

- Ponerse en contacto con la respectiva autoridad indígena para que manifieste si está en condiciones de asumir el conocimiento del proceso y adelantar el juicio respectivo.
- Elaborar la solicitud de entrega del proceso de la jurisdicción ordinaria a la jurisdicción especial indígena.
- Reunir los documentos necesarios para probar la calidad de indígena y el fuero indígena, entre otros:
 - Certificación de autoridad tradicional indígena.
 - Certificación de autoridad indígena sobre la inclusión del caso y las partes en el centro interno de la comunidad.
 - Certificación del censo expedido por la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior.
 - Estudios sociológicos y antropológicos sobre el pueblo indígena pertinente.

e. Prueba de la calidad de autoridad indígena

Para recibir el proceso por parte de la autoridad judicial ordinaria, la autoridad indígena debe presentar a la autoridad judicial los siguientes documentos de soporte:

- Acta de elección de la máxima autoridad tradicional del resguardo o comunidad.

- Acta de posesión ante la autoridad municipal de la jurisdicción donde se encuentra ubicada la comunidad indígena.

Por otro lado, si se trata de autoridades mágico-religiosas, éstas deben estar acompañadas de la autoridad política o administrativa de la comunidad y realizar sus actuaciones a través de estas.

f. Entrega del proceso de la jurisdicción ordinaria a la especial indígena

- **Ante el fiscal del caso.** En etapa pre-procesal, se recurre ante el Fiscal del caso. Como éste no tiene facultades jurisdiccionales de acuerdo a la Ley 906 de 2004, se aportan los documentos para que lo solicite ante el juez de control de garantías.
- **Ante el juez de control de garantías.** Se presentan todos los soportes, desde las audiencias preliminares de legalización del procedimiento de captura, la imputación o la solicitud de imposición de medida de aseguramiento.
- **Ante el juez de conocimiento.** Se presentan los soportes documentales y se pide la audiencia, ya sea en sede de formulación de acusación, en audiencia preparatoria o en el gran juicio oral.

Termina la gestión ante los jueces ordinarios cuando el juez de control de garantías o el de conocimiento acceden a la solicitud de entrega del proceso a la autoridad indígena. Si no acceden a ella se pronuncian por medio de un auto, en el que se puede hacer uso de la teoría de la impugnación con la presentación de los recursos ordinarios: recurso de reposición como principal; recurso de reposición y, en subsidio, apelación; recurso de apelación como principal; recurso de queja, cuando no se acepte el de apelación. Vale notar que se requiere de la sustentación oral inmediata y en la sede del juez que profiere el auto.

Según indica el artículo 112 de la Ley 270 de 1996, la autoridad indígena, por sí misma o por medio de apoderado, presenta el

conflicto de competencias ante la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del CSJ. Corresponde al competente determinar los requisitos del fuero indígena; si ello se cumple, se debe declarar la nulidad de lo actuado en la jurisdicción ordinaria y remitir el proceso a la jurisdicción especial indígena para que adelante el juzgamiento, con el cumplimiento de las garantías procesales mínimas del debido proceso, el derecho de defensa y el respeto de las garantías fundamentales.

g. Otras consideraciones

- **¿Procede el conflicto de competencias entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria después de proferirse la sentencia?**

No, ya que el conflicto de competencias es un acto de naturaleza procesal, es decir, opera durante el desarrollo del proceso y resulta impropio una vez que se haya terminado, según los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica. No obstante, si se observó una vía de hecho en el trámite y la decisión del conflicto de competencias, operaría una tutela contra las decisiones judiciales.

- **¿Procede el conflicto de competencias entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria sólo en materia penal?**

No, ya que la jurisdicción especial indígena asume conocimiento de conflictos entre sus asociados de tipo civil, laboral o penal, y también de asuntos políticos y administrativos, como por ejemplo el manejo y distribución de recursos. El conflicto de competencias planteado debe estar de acuerdo al análisis de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del CSJ, ya que al ser diferente a la connotación de índole penal, el análisis se centrará en los usos y costumbres que aseguren la previsibilidad y no en la protección de las víctimas.

- **Acción constitucional de tutela**

Si la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del CSJ resuelve el conflicto y niega la competencia de la jurisdicción especial indígena para conocer un caso de su competencia, se puede recurrir por vía de acción de tutela en contra de las autoridades respectivas para garantizar la protección de los derechos fundamentales del debido proceso y la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas y sus miembros.