



Universidad de  
**La Sabana**

Campus Universitario del Puente del Común, Chía, octubre 12 de 2012.

Honorable Congresista  
EDGAR ESPÍNDOLA NIÑO  
H. Senado de la República  
Carrera 7 # 8-68  
Bogotá, D.C.

**Referencia:** Comentarios para el Proyecto de Ley y el Foro de Libertad de Conciencia de los Pueblos indígenas, Autonomía y administración de Justicia Indígena y Diálogo intercultural.

Respetado Señor Congresista,

En mi condición de Director del Programa de Humanidades en la Universidad de La Sabana y, en virtud de los sendos Convenios firmados desde 2004 entre el H. Senado y la H. Cámara de Representantes y nuestra Universidad, la cual de oficio y gratuitamente presta asesoría sobre los Proyectos de Ley radicados, teniendo en cuenta que en el Proyecto de Ley de Libertad de Conciencia de los Pueblos indígenas, Autonomía y administración de Justicia Indígena y Diálogo intercultural, es Usted el PONENTE de la referencia, me permito enviarle unos comentarios del suscrito al respecto, agradeciéndole mucho su invitación para participar en el Foro a celebrarse el 22 de octubre próximo en el Salón Luis Guillermo Vélez del Congreso de la República:

La Constitución colombiana, estableció en su artículo 246 una novedosa estrategia, que busca ante todo evitar la asimilación de los grupos étnicos en general a la sociedad colombiana y permite la participación por otro lado, en las decisiones que les conciernen, llega a la igualdad desde el reconocimiento de la diferencia de todos los colombianos frente al Estado.

La Jurisdicción indígena tiene como objeto el que los pueblos indígenas ejerzan funciones jurisdiccionales acordes con sus usos y costumbres, dentro de su ámbito territorial y como un sistema de derecho diferenciado del sistema judicial nacional y sólo para los miembros de su propia comunidad, como lo ha establecido la Corte Constitucional al establecer que los indígenas sólo pueden ser juzgados por los de su propia raza y no por otros indígenas. Además, el



Consejo Superior de la Judicatura desde el 18 de diciembre de 2002, determinó que la Fiscalía General de la Nación sí posee competencia para investigar a indígenas comprometidos en crímenes, al considerar que el fuero personal y territorial indígena tiene límites. El pronunciamiento lo hizo en el caso del homicidio de cuatro personas en donde estaban involucrados tres indígenas, que tuvieron que ser procesados por la jurisdicción ordinaria.

Se establece como postulados de la jurisdicción en cuanto a los grupos étnicos se refiere, el del reconocimiento de la diversidad étnico-cultural del pueblo colombiano, la autonomía y reconocimiento de las formas propias de gobierno, la protección a las tierras comunales y a las formas de propiedad solidaria y asociativa y la participación en el delineamiento de la política oficial indigenista y en las decisiones que los atañen.

El primer principio anotado, redefine al país en términos de diversidad, se basó en la lucha de varios años, por parte de las comunidades indígenas, realizada en procesos compartidos con otros grupos y en la experiencia frente al tema de constantes investigadores del mismo.

Este principio, constituye la negación de muchos siglos de nuestra realidad, referida a la composición racial de nuestra nación y es la pretensión unificadora del pueblo y su cultura, de políticas estatales dirigidas a la integración de los grupos étnicos a la cultura y a la sociedad nacional.

Observamos, que la Constitución Política, reconociendo la pluriétnicidad, beneficia no solo a las comunidades indígenas, sino también a las comunidades negra y raizal de San Andrés, así como al pueblo ROM o gitano, que se caracterizan por ser grupos étnicos bien definidos, pues se refiere tanto a etnias como culturas, siendo este término aun más amplio que el primero, porque con él se reconocen los espacios humanos que conforman la nacionalidad. Intentándose así superar centurias de discriminación política, económica y cultural en contra de las minorías étnicas, de desconocimiento al interior de la población.

El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en la Constitución supone la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental.



El principio que se refiere a la autonomía y reconocimiento de las formas propias del pueblo, considera que el derecho de darse su propia forma de organización social, económica y política, a través de la elección de sus formas propias de autoridad, de regular sus relaciones de acuerdo a sus tradiciones, de regir su vida económica, de conservar su propia lengua, de tener una educación adecuada, de tener su propia medicina, etc., se ha entendido como autonomía.

El derecho a la autonomía y a la identidad cultural tiene el carácter de colectivo, porque la lengua, los mitos y ritos que los actualiza son realizaciones colectivas construidas de generación en generación, que implican una adaptación al medio natural y una relación entre sus miembros. Por ello cuando la comunidad se ve expuesta al despojo cultural o territorial, se les está negando el derecho a existir.

En el ámbito constitucional ésta se expresa así:

- Derecho a conservar su propia lengua.
- Derecho a tener una educación adecuada.
- Derecho de regular sus relaciones de acuerdo a sus tradiciones.
- Derecho de darse su propia forma de organización política.

En cuanto a la protección a las tierras comunales y a las formas de propiedad solidaria es una de las luchas más importantes del sector indígena la de recuperar las tierras comunales para las comunidades que las han perdido o su protección o titulación para las que aún no han sido arrebatadas. La tierra se constituye en el elemento más importante de la identidad cultural y es la garantía de supervivencia de las diferentes comunidades indígenas porque ella es su espacio de socialización y de vida, por ello cuando son despojadas de su territorio se les está negando el derecho a existir.

Pero, como lo que nos ocupa es el tema de la jurisdicción especial, podemos indicar que dicho tema, está reglamentado en pocas constituciones, como en la colombiana, el cual en su artículo 246 se refiere así al tema:

*“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”.*



El Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, en la Sentencia T-380 de 1993, expresó:

*“Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de derechos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos. En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes. Entre otros derechos, las comunidades indígenas son titulares del derecho fundamental a la subsistencia, el que se deduce directamente del derecho a la vida consagrado en el artículo 11 de la Constitución”.*<sup>1</sup>

Son pues cuatro los elementos que contiene el artículo en relación con la jurisdicción especial indígena y la protección de los derechos de los miembros de las comunidades indígenas: *i)* la existencia de autoridades propias de los pueblos indígenas, que ejercen funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial; *ii)* la potestad de los pueblos indígenas para establecer y aplicar normas y procedimientos judiciales propios; *iii)* la sujeción de dicha jurisdicción, normas y procedimientos a la Constitución y a las leyes de la República; y *iv)* la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional.

Según lo señaló la Corte en Sentencia T-139 de 1996, del magistrado Carlos Gaviria Díaz, *“Los dos primeros elementos conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas -que se extiende no sólo al ámbito jurisdiccional sino también al legislativo, en cuanto incluye la posibilidad de creación de “normas y procedimientos”-, mientras que los dos segundos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional”.*

Y, sobre la jurisdicción especial indígena, la Corte Constitucional también se pronunció con la Sentencia T-254 de 1994 del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz<sup>2</sup>:

---

<sup>1</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-380 de 1993. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. En: [www.noti.net](http://www.noti.net)

<sup>2</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-254 de 1994. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. En: [www.noti.net](http://www.noti.net)



*“La creación de una jurisdicción especial indígena como la indicada en el artículo 246 de la Constitución plantea el problema de determinar cuál es la jerarquía existente entre la ley y las costumbres y usos indígenas, como fuentes de derecho. En efecto, la atribución constitucional de ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, reconocida a las autoridades indígenas, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, está supeditada a la condición de que éstos y aquellas no sean contrarios a la Constitución y a la ley. Las diferencias conceptuales y los conflictos valorativos que puedan presentarse en la aplicación práctica de órdenes jurídicos diversos, deben ser superados respetando mínimamente las siguientes reglas de interpretación:*

*“a. A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía. La realidad colombiana muestra que las numerosas comunidades indígenas existentes en el territorio nacional han sufrido una mayor o menor destrucción de su cultura por efecto del sometimiento al orden colonial y posterior integración a la ‘vida civilizada’ (Ley 89 de 1890), debilitándose la capacidad de coerción social de las autoridades de algunos pueblos indígenas sobre sus miembros. La necesidad de un marco normativo objetivo que garantice seguridad jurídica y estabilidad social dentro de estas colectividades, hace indispensable distinguir entre los grupos que conservan sus usos y costumbres —lo que debe ser, en principio respetados—, de aquellos que no los conservan, y deben por lo tanto, regirse en mayor grado por las leyes de la República, ya que repugna al orden constitucional y legal el que una persona pueda quedar relegada a los extramuros del derecho por efecto de una imprecisa o inexistente delimitación de la normatividad llamada a regular sus derechos y obligaciones.*

*“b. Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares. Pese a que la sujeción a la Constitución y a la ley es un deber de todos los nacionales en general (artículos 4, 6 y 95 de la Constitución), dentro de los que se incluyen los indígenas, no sobra señalar que el sistema axiológico contenido en la Carta de derechos y deberes, particularmente los derechos fundamentales, constituyen un límite material al principio de diversidad étnica y cultural y a los códigos de valores propios de las diversas comunidades indígenas que habitan el territorio nacional, las que, dicho sea de paso, estuvieron representadas en la Asamblea Nacional Constituyente.*

*“c. 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. 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 se pondría en peligro su preservación y se socavaría su riqueza, la que justamente reside en el mantenimiento de la diferencia cultural. La jurisdicción especial (artículo 246 de la Constitución) y las funciones de autogobierno encomendadas a los consejos indígenas (artículo 330 de la Carta) deben ejercerse, en consecuencia, según sus usos y costumbres, pero respetando las leyes imperativas sobre la materia que protegen valores constitucionales superiores.*

*“d. Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas. Esta regla es consecuente con los principios de pluralismo y de diversidad, y no significa la aceptación de la costumbre contra legem por tratarse de normas dispositivas. La naturaleza de las leyes civiles, por ejemplo, otorga un amplio margen a la autonomía de la voluntad privada, que mutatis mutandis, fundamenta la prevalencia de los usos y costumbres en la materia sobre normas que sólo debe tener aplicación en ausencia de una autorregulación por parte de las comunidades indígenas.*

*“Las anteriores premisas significan que 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”.*

Así, pues, del reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero, en aplicación del cual serán juzgados por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial y en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo, como lo señala la Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado Jaime Córdoba Triviño, en Sentencia T-811 de 2004. Allí también señala el **concepto de fuero indígena** como el derecho del que gozan miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, para ser juzgados por las autoridades indígenas, de



Universidad de  
**La Sabana**

acuerdo con sus normas y procedimientos, es decir por un juez diferente del que ordinariamente tiene la competencia para el efecto y cuya finalidad es el juzgamiento acorde con la organización y modo de vida la comunidad. Este reconocimiento se impone dada la imposibilidad de traducción fiel de las normas de los sistemas indígenas al sistema jurídico nacional y viceversa, lo cual se debe en buena medida a la gran diversidad de sistemas de resolución de conflictos por el amplio número de comunidades indígenas y a que los parámetros de convivencia en dichas comunidades se basen en concepciones distintas, que generalmente hacen referencia al “ser” más que al “deber ser”, apoyados en una concepción integradora entre el hombre y la naturaleza y con un fuerte vínculo con el sistema de creencias mágico-religiosas.

El fuero indígena comprende tres elementos esenciales, a saber: i) el *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”; ii) el *territorial* “que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas”; y iii) el *objetivo*, “referido a la calidad del sujeto o del objeto sobre los que recae la conducta delictiva”<sup>3[7]</sup>. Siendo así, las autoridades indígenas son el juez natural para conocer de los delitos cometidos por miembros de su comunidad, siempre y cuando se atiendan los requisitos establecidos para el reconocimiento del fuero indígena.

En espera de haber podido colaborar en el debate de su proyecto y con la esperanza de contar con el favor de su respuesta dando acuse de recibo del presente, de acuerdo con el **artículo 23** de la Constitución Política de Colombia, se suscribe de Usted, muy cordialmente,

Prof. Dr. Hernán Alejandro Olano García, MSc., PhD.  
Director del Programa de Humanidades  
Facultad de Filosofía y Ciencias Humanas  
Universidad de La Sabana  
Km. 7 Autopista Norte, costado occidental  
Chía, Cundinamarca, teléfono 8616666, ext. 29005.  
@HernanOlano