

# CAPÍTULO 5

## TENSIONES ENTRE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA Y LA JURISDICCIÓN ORDINARIA: A LA LUZ DEL ESTUDIO DE UN CASO DE LOCOMOCIÓN

José Alejandro Carrascal Vergara



# TENSIONES ENTRE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA Y LA JURISDICCIÓN ORDINARIA: A LA LUZ DEL ESTUDIO DE UN CASO DE LOCOMOCIÓN

*José Alejandro Carrascal Vergara<sup>1</sup>*

## RESUMEN

### Palabras clave

Jurisdicción indígena y ordinaria, autonomía indígena, diversidad cultural y étnica, derecho a la libertad de locomoción.

En el desarrollo de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia se aprecia cómo se dan las tensiones entre las jurisdicciones indígena y la ordinaria, por la prevalencia de la autonomía indígena en su diversidad étnica y cultural, frente al derecho fundamental a la libertad de locomoción. La competencia de la jurisdicción indígena está determinada por los elementos del fuero y jurisdicción indígena, así como por los principios que sirven de solución para determinados casos. La jurisdicción indígena está definida en la Constitución política en el artículo 246°, donde se indica que el ejercicio de ésta, no debe ser atentatorio de la Constitución y leyes de la república. Además, se restringe la autonomía de las comunidades indígenas y, por ende, su derecho consuetudinario, cuando se viola los bienes más preciados del hombre como son el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y de cualquier forma de esclavitud.

---

1. Estudiante de Derecho de la Universidad de Cartagena. Miembro del semillero de investigación “Argumentación Jurídica”. Adscrito al Grupo de Investigación Teoría Jurídica y Derechos Fundamentales “PHRONESIS” con la Dirección del Dr. Yezid Carrillo de la Rosa, de la Universidad de Cartagena. Email: [alejandrocarrascal@outlook.com](mailto:alejandrocarrascal@outlook.com)

### **Key words**

Indigenous and ordinary jurisdictions, indigenous autonomy and cultural and ethnic diversity, right to freedom of movement

### **ABSTRACT**

Developing the sentence of the Supreme Court of justice we see how tensions between indigenous and ordinary jurisdictions occur, because of the prevalence of indigenous autonomy and ethnic and cultural diversity, as opposed to the fundamental right to freedom of locomotion. The jurisdiction of the indigenous jurisdiction is determined by the elements of the jurisdiction and indigenous jurisdiction, as well as the principles that serve as a solution for certain cases. The indigenous jurisdiction is defined in the political constitution in article 246 °, the exercise of is, must not be contrary to the constitution and laws of the republic. In addition, the autonomy of indigenous communities and therefore their customary law is restricted, when the most precious goods of man are violated, such as: the right to life, the prohibition against torture and slavery.

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación busca estudiar la sentencia CJS SP 9243 del Magistrado ponente: Eugenio Fernández Carlier (Corte Suprema de Justicia, 2017), mediante la cual dicha corporación resuelve el tema en disputa al decir que no existe, o no se da la consumación del delito de secuestro simple -artículo 168, delitos contra la libertad individual y otras garantías- (Congreso de Colombia, 2000). Delito que se le imputó al señor Feliciano Valencia por percatarse de la retención de Jairo Chaparral, y luego estar presente y ser el portavoz de la asamblea indígena en donde se armonizó a Jairo Chaparral con 9 fuetazos. Quien portando en su maletín elementos militares, lesionó el territorio de paz de la vereda “La María”. Además, al preguntársele quién era, este no contestó. Posteriormente, la Corte aplica todos estos elementos de la jurisdicción indígena, del fuero indígena y de los principios que sirven como criterio de interpretación, para determinar si el conocimiento de este caso le compete a la jurisdicción especial indígena.

La sentencia examinada destaca cómo la Corte Suprema de Justicia resalta la autonomía jurisdiccional y normativa de las comunidades indígenas, el derecho a la diversidad cultural y étnica y deja sin fuerza la violación del derecho a la libertad de locomoción del señor Jairo Chaparral por existir una limitación a tal derecho por temas culturales. Es decir, cómo el interés general prima sobre el interés particular. Esto está determinado por la fuerza colectiva que en materia de derechos que tienen las comunidades indígenas. Para estas comunidades el individuo no existe y,

por tanto, la esfera individual no se aplica. Además, se estaría desconociendo la lucha de las comunidades indígenas, su pasado, usos y costumbres ancestrales, y, en consecuencia, su autonomía como pueblo indígena.

Por lo tanto, resulta de mucho interés estudiar la sentencia mencionada y preguntarse cómo se enmarca y cómo se justifica, dentro del contexto del alcance constitucional, las tensiones entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria. Lo anterior constituye las interrogantes sobre el problema y objetivo general de esta investigación, y que se desarrolla, a través de los siguientes objetivos específicos: Estudiar los hechos, analizar los principios mencionados en la sentencia, examinar la solución y observaciones de la sentencia.

La investigación es de interés social y político-legislativo. Es social porque todos los ciudadanos deberían conocer los elementos, y la razón de por qué la jurisdicción especial indígena termina conociendo y aplicando sus usos, costumbres y procedimientos en determinados casos. Esto generaría un verdadero sentimiento de justicia, y más en materia penal por ser de práctica social. es necesario dar a conocer esta sentencia a los ciudadanos para que sepan que, a determinados hechos, cabe la aplicación de determinado derecho, que en el caso de los indígenas corresponde a la aplicación de un derecho consuetudinario. Tal aplicación se otorga no por capricho o favorecimiento de las comunidades indígenas per se, sino porque se dan acordes a los elementos del fuero indígena y los elementos de la jurisdicción indígena. Y es político-legislativo porque el Senado de la

república debe expedir la ley de coordinación que todos reconocemos como importante, con la idea de apaciguar los conflictos que se generan entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

## **METODOLOGÍA**

Para el desarrollo de la presente investigación se utilizó el método deductivo, ya que el asunto tratado es de tipo jurídico y teórico – jurídico, regido por un enfoque cualitativo y de fuente primaria como es la Constitución política y, secundaria, como la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que es objeto de estudio, y las de la Corte Constitucional como apoyo para el desarrollo de la presente investigación. Además, se consultaron documentos doctrinales de derecho, con el fin de obtener un mejor horizonte conceptual del tema investigado.

## **HECHOS, ACTUACIÓN PROCESAL, RESULTADOS**

Los hechos que se exponen a continuación corresponden a sentencia CJS SP 9243 del Magistrado ponente: Eugenio Fernández Carlier (Corte Suprema de Justicia, 2017). El día 14 de octubre de 2008, Jairo Danilo Chaparral Santiago, vestido de civil, regresaba de un permiso de 30 días que le habían concedido como cabo tercero del ejército nacional, para luego reincorporarse al batallón de contraguerrilla N° 15, “Libertadores del llano”, con sede en el departamento del Meta. Ante el bloqueo de la vía panamericana por una minga (acto colectivo) que adelantaban indígenas de la región, Jairo Danilo Chaparral Santiago debió desplazarse por un sendero

alterno de la vereda “La María” del municipio de Piendamó – Cauca, siendo interceptado a las 5:45 p.m. por miembros de la guardia indígena por estar éste transitando en sus territorios.

A la guardia indígena le llamó la atención que el caminante portara en un maletín un uniforme camuflado, un radio de comunicaciones y una carpa. Por eso lo condujeron a la sede del cabildo bajo sospecha de ser un infiltrado del ejército o miembro de grupos al margen de la ley. Luego de que el soldado rechazara la intervención de la Defensoría del Pueblo, permaneció encerrado en una jaula metálica hasta el 16 de octubre, cuando fue trasladado a una cancha de fútbol en el que se le adelantó un juicio por parte de la Asamblea de autoridades indígenas (máxima autoridad), liderada por Feliciano Valencia Medina, bajo el cargo de haber ofendido a esa comunidad al invadir su territorio. Tras habersele dado la oportunidad de hablar y excusarse, oportunidad que rechazó, le propinaron 9 latigazos como castigo (que le causaron una incapacidad de 29 días, sin secuelas). Posteriormente fue entregado a funcionarios de la Defensoría del Pueblo. La fiscalía solicitó la captura de Feliciano Valencia. El 11 de abril de 2010, ante el juzgado municipal con función de control de garantías de Sotará – Cauca se legalizó su captura. Se le imputó secuestro agravado por el N° 2 y lesiones personales agravadas por el N° 10. El imputado no aceptó los cargos. El gobernador del resguardo indígena Munchique los tigres de Santander de Quilichao – Cauca, Pablo Andrés Tenorio, reclamó el conocimiento del caso al argumentar de que los hechos se llevaron a cabo en territorio indígena; el imputado

era integrante de esa comunidad; la víctima posiblemente era indígena (en grado de posibilidad y no de certeza).

El 22 de septiembre de 2010, el Consejo Superior de Justicia resolvió el conflicto de competencia positivo, asignándole el caso a la justicia ordinaria al estimar que la víctima no era indígena, y que la conducta era sancionada por el ordenamiento nacional. El 24 de marzo, el juzgado primero penal del circuito especializado declaró la extinción de la acción penal por el delito de lesiones personales agravadas y emitió fallo absolutorio por el delito de secuestro. La fiscalía y el representante de la víctima apeló la decisión del ad quo, y el Tribunal Superior de Popayán, en sentencia de 10 de septiembre de 2015, revoca la decisión de primera instancia y condena al señor Feliciano Valencia a pagar una pena de 192 meses de prisión por el delito de secuestro simple. El señor Feliciano Valencia es capturado y enviado a la cárcel San Isidro de Popayán. Pero, a petición del defensor y del gobernador del resguardo Munchique, fue trasladado al centro de rehabilitación y/o armonización de ese resguardo.

El apoderado del procesado impugnó, y presentó demanda de casación, la cual fue admitida y sustentada. La demanda se basó en tres cargos:

1. *Nulidad por falta de competencia de la jurisdicción ordinaria:* pregona que los jueces ordinarios no eran los competentes, por existir fuero indígena. Los elementos del fuero estaban presentes, el personal, el territorial, institucional, y objetivo (el impugnante habla del elemento de congruencia,

pero ese no es un elemento del fuero sino de la jurisdicción indígena). Lo que implicaba que el señor Feliciano Valencia debió ser investigado y juzgado por la jurisdicción especial indígena. Solicitó el impugnante la nulidad de la actuación y la remisión a la jurisdicción especial indígena.

El impugnante utilizó como fundamento de derecho los artículos 29 inciso. 2 y 246 de la Constitución Política (Presidencia de la República de Colombia, 1991), y el artículo 456 del Código de Procedimiento Penal (Congreso de la república, 2006)

2. *Nulidad por motivación deficiente:* el impugnante expone que el tribunal incurrió en motivación deficiente por considerar al procesado como co-autor del delito de secuestro, aun cuando el señor Feliciano Valencia no participó en la retención. Él sólo era un líder o consejero que participó en la asamblea como coordinador y esto no lo hace co-autor (esta afirmación se acredita en la sentencia del tribunal). Entonces, la motivación deficiente está al no precisar o abordar lo relacionado al acuerdo de voluntades, importancia del aporte y división del trabajo que lo hiciera co-autor. El impugnante pide así, la nulidad de la sentencia para que el tribunal subsane las irregularidades.
3. *Violación directa de la ley sustancial:* postula la aplicación indebida del artículo 29 inc. 2 y el artículo 168 del Código Penal, por predicar la co-autoría del señor Feliciano Valencia en el delito de secuestro. Conocer la retención de Chaparral Santiago no es aporte

esencial para la consumación del delito de secuestro (¿pero sí de omisión de socorro?). Solicita el impugnante casar la sentencia del tribunal y emitir decisión de reemplazo de carácter absolutorio. (Sentencia Corte Suprema de Justicia SP 9243, Rad 47119 - 28 de junio de 2017).

### **NORMAS Y PRINCIPIOS QUE UTILIZÓ LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PARA LA SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO**

La Corte Suprema en la solución del caso, utilizó las siguientes normas y principios: artículos 1° (formas y caracteres del Estado), 7° (reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural) y 246° (jurisdicción indígena) de la Constitución Política como artículos marco de la autodeterminación de los pueblos indígenas; convenio número 169 de 1989 (OIT, 2014) sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes aprobado por Colombia mediante la ley 21 de 1991 (Congreso de Colombia, 1991); artículo 168° (secuestro simple) y 169° (secuestro extorsivo) del Código Penal colombiano (Congreso de Colombia, 2000); artículo 12° de la ley 270 de 1996 -Ley estatutaria de administración de justicia- (Congreso de Colombia, 1996) donde se le da capacidad a la jurisdicción indígena de ejercer jurisdicción.

Antes de hacer referencia a los principios que sirven para la solución de casos concretos, es necesario aclarar que primero se produce la verificación de la existencia de los elementos del fuero y de la jurisdicción indígena, con la intención de saber si determinado asunto le compete a la jurisdicción indígena o a la jurisdicción ordinaria. Estos elementos se

tratarán más adelante en esta investigación. También se puede acudir a los principios o criterios para solucionar asuntos concretos. Principios como el de maximización de la autonomía de las autoridades indígenas, mayor autonomía para la decisión de conflictos internos, y mayor conservación de la identidad cultural (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 9243- 47119, 2017; Corte constitucional, 2014)

La sentencia C-463 de 2014, expresa lo siguiente:

Principio de “maximización de la autonomía de las comunidades indígenas o minimización de las restricciones a su autonomía”. De acuerdo con este criterio, las restricciones a la autonomía de las comunidades indígenas sólo son admisibles cuando: (i) Sean necesarias para salvaguardar un interés de mayor jerarquía, en las circunstancias del caso concreto (por ejemplo, la seguridad nacional). (ii) Que sean las menos gravosas, frente a cualquier medida alternativa, para el ejercicio de esa autonomía. (iii) La evaluación de esos elementos debe llevarse a cabo teniendo en cuenta las particularidades de cada comunidad (Corte Constitucional, 2014, p.27)

La Corte Constitucional ha determinado que los límites de la autonomía de las comunidades en materia normativa y jurisdiccional, tiene que ver con la violación de los bienes más preciados del hombre, como el derecho a la vida, prohibición a la tortura y la esclavitud. Esto encuentra respaldo en la

Constitución Política, de pactos y convenios ratificados por Colombia.

Principio de “mayor autonomía para la decisión de conflictos internos”. La jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que el respeto por la autonomía de los pueblos indígenas es más amplio cuando se trata de conflictos que involucran únicamente a miembros de una comunidad, que cuando afectan a miembros de dos culturas diferentes (o autoridades de dos culturas diferentes). Pues en el segundo caso deben armonizarse principios esenciales de cada una de las culturas en tensión, como lo ha explicado la (Corte Constitucional, 2014).

Principio que hace referencia “a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía”. Este principio fue formulado por primera vez en la sentencia T-254 de 1994 (Corte Constitucional, 1994), en los siguientes términos: “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- (Congreso de Colombia, 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 (los que deben 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 (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 9243- 47119, 2017; Corte constitucional, 2014).

### **¿CÓMO RESOLVIÓ LA CORTE EL CASO CONCRETO: CONFORME A LOS HECHOS, NORMAS Y PRINCIPIOS ANTES EXPUESTOS?**

La Corte advierte la atipicidad de la conducta y expresa que es innecesario analizar las censuras del impugnante. La Corte Suprema de Justicia expresa que es garante del derecho de autodeterminación de las comunidades indígenas, consagrado en el artículo 1° y 7° de la Constitución Política (Presidencia de la Republica de Colombia, 1991) y el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales de países independientes (OIT, 2014), aprobado mediante la ley 21 de 1991 (Congreso de Colombia, 1991). Lo cual lleva a considerar que, al aplicar la legislación nacional, hay que tener en cuenta sus costumbres, usos y procedimientos, es decir, su derecho consuetudinario. Siempre que no sean incompatibles con los derechos fundamentales consagrados en el derecho interno ni los Derechos Humanos reconocidos internacionalmente. Por supuesto, al verificar el delito se mira sus elementos objetivos y subjetivos. El elemento objetivo es la descripción del tipo, sus verbos, ingredientes y demás. Mientras que el elemento subjetivo es la modalidad de la conducta en la que se cometió el delito, es decir, el dolo, culpa o preterintención. En este caso, no hubo delito



porque al analizar objetivamente, solo se da la ubicación dentro del tipo penal cuando el sujeto indeterminado con propósito distinto al artículo 169° (delito siguiente – secuestro extorsivo) arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona. Además, tal conducta exige de la retención ilegal, el dolo del sujeto (parte subjetiva), y la retención de Chaparral Santiago fue un acto de jurisdicción de las comunidades indígenas (La Corte expone que hay que mirar los hechos conjuntamente, y no de manera aislada como lo hizo el tribunal al observar únicamente la presencia del señor Feliciano Valencia en la asamblea).

La conducta de Chaparral Santiago fue atentatoria de la tranquilidad y armonía del territorio (vereda “la María”) de la comunidad indígena nasa, ya que este lugar es considerado territorio de paz. El mencionado Chaparral Santiago llevaba elementos bélicos y no respondió a los señalamientos, también se le encontró una libreta con anotaciones de armas, y no le dijo el rango ni su vinculación con el ejército nacional. La Corte indica que el acto jurisdiccional que desarrolló la comunidad indígena tiene respaldo constitucional en los artículos 1°, 7° y 246° de la Constitución, en el Convenio N° 169 aprobado por la ley 21 de 1991, y en el artículo 12° de la ley 270 de 1996 (Ley estatutaria de la administración de justicia), en donde se dice que la función jurisdiccional la ejerce también la jurisdicción especial indígena. Cita, además, las sentencias T-349 de 1996 (Corte constitucional, 1996); T-030 de 2000 (Corte constitucional, 1996) para referirse a los elementos de la jurisdicción indígena, antes mencionados. Estos son algunos de los puntos a tener en cuenta para determinar la competencia. Luego se refiere a los principios

que fueron tratados anteriormente en esta investigación, al citar la sentencia C-463 de 2014 (Corte constitucional, 2014).

Aunque Chaparral Santiago no sea indígena; sin embargo, la Corte considera que el bien jurídico protegido es relevante para la jurisdicción indígena. El carácter pluralista de la Constitución implica dar cabida al derecho consuetudinario de las comunidades indígenas. De ahí que la afectación a la libertad de locomoción de Chaparral Santiago, obedeció al cumplimiento de las funciones de la jurisdicción indígena. Respecto a los latigazos, la sentencia T-523 de 1997 (Corte Constitucional Colombiana, 1997), estableció los fuetazos como remedio. Los indígenas le llaman “el rayo”, elemento para purificar al individuo. No tiene un carácter sancionatorio sino de remedio para que no se vuelva a repetir la conducta, y así mantener la armonía y el equilibrio de la comunidad. Aun así, sigue existiendo tensión entre el derecho a la diversidad cultural y étnica y, por ende, a la jurisdicción indígena, así como a otros derechos fundamentales.

La Corte resuelve de la siguiente manera: Casar sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Popayán donde se condenó al señor Feliciano Valencia. Confirmar la sentencia de primera instancia del juzgado primero penal del circuito especializado, donde se absolvió al señor Feliciano Valencia. Ordenar la libertad inmediata de Feliciano Valencia. Ordenar al juez de primera instancia que cancele los registros y anotaciones que contra el procesado se hayan generado. (Sentencia C-463 de 2014 y T-523 de 1997 de la Corte Constitucional. Sentencia Corte Suprema de

Justicia SP 9243, Rad 47119 - 28 de junio de 2017).

## LA JURISDICCIÓN Y EL FUERO INDÍGENA

La expedición de la Constitución de 1991 trae consigo nuevos cambios, dentro de estos un nuevo Estado. Se pasa de un Estado de derecho a un Estado social de derecho donde el hombre es un fin en sí mismo. Es decir, que el sujeto en su integridad y dignidad humana es razón y fin último de las actuaciones y organización del Estado. La Constitución en su artículo 1° define a Colombia como 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 de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”. Es esta pluralidad, la que le da vida a la protección y, por ende, a la jurisdicción especial indígena como reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana. La jurisdicción especial indígena habilita a las comunidades indígenas a que generen formas propias de organización social, que regulen el comportamiento de los miembros del grupo, a tener sus propios sistemas de parentesco y de trabajo, al igual que su propio régimen de propiedad comunitaria, su normatividad propia para el control social y sanciones correspondientes. Todo lo anterior será posible mientras no se atente contra la Constitución y leyes de la república.

Al analizar la norma constitucional (Presidencia de la República de Colombia, 1991) se aprecia que desde el artículo 1° se busca proteger, reconocer o darle visibilidad

a los grupos étnicos o grupos minoritarios del territorio colombiano. Entonces, la Constitución desde su artículo 1° expone que es pluralista. En el artículo 7° se “reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana” (p. 2). Por su parte, el artículo 10° determina que “...las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe”. En el artículo 68° se expresa que “...los integrantes de grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural” (p.12). El artículo 246° manda que

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 contrarias a la Constitución y las leyes de la república. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional (Presidencia de la República de Colombia, 1991, p. 60).

Este artículo es el más importante porque les da capacidad de impartición propia de justicia a las comunidades indígenas conforme a su derecho, que en el caso de estas comunidades es consuetudinario. Respecto a la ley de coordinación, hasta la fecha no se ha expedido dicha ley. Es la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia las que han venido regulando el asunto. Es importante señalar que los artículos 286°, 329° y 330° definen los territorios indígenas como entidades

territoriales (Presidencia de la República de Colombia, 1991).

En cuanto a la finalidad de la jurisdicción indígena, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala Penal, sentencia con N° de Rad 12043 de 15 de junio de 1999, expresa que la jurisdicción indígena procura preservar la diversidad étnica y cultural a partir del respeto de las normas, valores, costumbres e instituciones pertenecientes a los grupos indígenas dentro de su órbita territorial, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico nacional. Así como la de proteger a quienes, siendo sus miembros, se vean comprometidos en actos delictivos externos al grupo, debido a su particular forma de entender el mundo, con miras a no procurar su desarraigo del seno de la comunidad a la que pertenecen, con todo lo que ello implica tanto para el colectivo como para el sujeto mismo. Esta definición se apoya en el artículo 246° de la Corte Superior (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP9243, 1999).

En relación a los elementos de la jurisdicción indígena y el fuero indígena, en la sentencia C-463 de 2014 (Corte Constitucional Colombiana, 2014) que estudió la constitucionalidad del artículo 11 de la Ley 89 de 1890 la cual señala: “Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada” (Congreso de Colombia, 1890, p.2). Ante esto se adoptó una definición de jurisdicción especial indígena y de fuero indígena, distinguiendo ambos conceptos y reiterando los elementos que componen a cada uno. Citando para el efecto la Sentencia T-552 de 2003

(Corte Constitucional Colombiana, 2003). Lo siguiente fue lo que se señaló sobre el particular: A partir de este fallo se evidencia también que la jurisdicción especial indígena y el fuero indígena tienen una profunda relación de complementariedad, pero no poseen el mismo alcance y significado. El fuero es, por una parte, un derecho subjetivo que tiene como finalidad proteger la conciencia étnica del individuo y garantizar la vigencia de un derecho penal culpabilista. Y, por otra, una garantía institucional para las comunidades indígenas, en tanto protege la diversidad cultural y valorativa, y permite el ejercicio de su autonomía jurisdiccional. El fuero tiene como factores claves el personal, territorial, institucional u orgánico y el objetivo. En la sentencia T-617 de 2010 (Corte Constitucional Colombiana, 2010), reiterada, entre otras, en la sentencia T-975 de 2014 (Corte Constitucional Colombiana, 2014), dichos elementos fueron desarrollados, de este modo:

- El elemento personal, en el que se hace necesario que el acusado de un hecho punible o socialmente nocivo haga parte de una comunidad indígena.
- El elemento territorial es el que permite a la comunidad la aplicación de sus propios usos y costumbres dentro de su ámbito territorial.
- El elemento institucional u orgánico permite la existencia de una institucionalidad dentro de la comunidad indígena, basada de acuerdo a un sistema de derecho propio constituido por los usos y costumbres tradicionales, sumado a los procedimientos conocidos y aceptados en la comunidad.
- El elemento objetivo es aquel a través del cual se puede analizar si el bien

jurídico presuntamente afectado guarda relación con un interés de la comunidad indígena, o bien de la sociedad mayoritaria.

La jurisdicción especial indígena, entretanto, es un derecho autonómico de las comunidades indígenas de carácter fundamental. Por lo tanto, para su ejercicio deben atenderse los criterios que delimitan la competencia de las autoridades tradicionales de acuerdo con la jurisprudencia constitucional. Entre esos elementos, el fuero indígena ocupa un papel de especial relevancia. Aunque no es el único factor que determina la competencia de la jurisdicción indígena, puesto que ésta se define en función de autoridades tradicionales, sistemas de derecho propio, y procedimientos conocidos y aceptados por la comunidad. Es decir, en torno a una institucionalidad. La sentencia **T-364 de 2011** expresa que la jurisdicción indígena comporta:

- Un elemento humano, que consiste en la existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico y por la persistencia diferenciada de su identidad cultural.
- Un elemento orgánico, esto es la existencia de autoridades tradicionales que ejerzan una función de control social en sus comunidades.
- Un elemento normativo, conforme al cual la respectiva comunidad se rija por un sistema jurídico propio conformado a partir de las prácticas y usos tradicionales, tanto en materia sustantiva como procedimental.
- Un ámbito geográfico, por cuanto la norma que establece la jurisdicción indígena remite al territorio. El cual, según la propia Constitución, en su

artículo 329, deberá conformarse con sujeción a la ley y delimitarse por el gobierno con participación de las comunidades.

- Un factor de congruencia, en la medida en que el orden jurídico tradicional de estas comunidades no puede resultar contrario a la Constitución ni a la ley. (Corte Constitucional, 2014).

## DERECHO INTERNO INDÍGENA

Respecto al derecho interno de las comunidades indígenas, es un derecho que no está codificado, sino que es consuetudinario basado en las costumbres, usos y procedimientos que regulan la convivencia dentro de la comunidad y los conflictos que se puedan presentar por fuera de ésta. Ese control social que se busca con la aplicación de estas normas ancestrales tiene como fin la armonía y el equilibrio en el seno de la comunidad. Los aspectos generales de este conjunto de normas son los siguientes:

- Normas generales de comportamiento público.
- Mantenimiento del orden interno.
- Definición de derechos y obligaciones de los miembros.
- Reglamentación sobre acceso al agua, la tierra, productos del bosque, etc. Y la distribución de recursos escasos.
- Reglamentación sobre transmisión e intercambio de bienes y servicios.
- Definición y tipificación de “delitos” o conductas contrarias a la armonía de la comunidad, distinguiéndose los delitos contra otros individuos y los que son contra la comunidad o el bien público.
- Sanción de las conductas “delictivas” de los individuos.

- Manejo, control y solución de conflictos y disputas.
- Definición de los cargos y las funciones de la autoridad pública.
- Procedimientos de administración de justicia, entre otras (Escobar y Salazar, 2004, pp.27-28)

Sobre el uso del término “derecho consuetudinario” Esther Sánchez Botero e Isabel Cristina Jaramillo (2000), afirman que:

no resulta adecuado para calificar los sistemas de derecho propio de los pueblos indígenas, dado que estos últimos no siguen invariablemente una misma pauta secular, sino que son sistemas con gran capacidad de adaptación y cambio. Sin embargo, el término es empleado tanto en convenios internacionales, como en normas internas para referirse a los sistemas de minorías distintos del derecho estatal, y se le utiliza de modo sinonímico a derecho indígena. (pp. 58-59)

Hacia el interior de las comunidades indígenas se pueden presentar diversos tipos de sistemas relativos a la aplicación de justicia:

- Sistema segmentario.
- Sistema de autoridades comunales permanentes.
- Sistema religioso.
- Sistema de compensación directa.

Según el profesor Carlos César Perafan Simmonds, los referidos sistemas poseen las siguientes características particulares: El segmentario tiene esta denominación por dos razones, la primera es porque las comunidades están organizadas socialmente en segmentos: de la familia nuclear a la extensa, del linaje

al clan, del clan a la tribu, correspondiéndole a cada uno de estos segmentos autoridades específicas. La segunda, porque este sistema se activa dependiendo de la localización de las partes dentro del conflicto. Hay un sistema de parentesco, es decir, que se mira la pertenencia al grupo y es ahí cuando se sabe cuál regla cultural aplicar. El de las autoridades comunales permanentes se refiere a los cabildos como autoridad central. Estas autoridades cumplen funciones jurisdiccionales, aunque su actuación está restringida por el funcionamiento del sistema político segmentario en la base y en su coordinación con el sistema nacional. El sistema religioso sirve como sistema probatorio en caso de que no haya consenso en la toma de decisiones y en el juzgamiento de una determinada conducta. Aquí se recurre a una persona o grupo de personas que tengan calidad de poseedores de conocimientos mágicos o que represente a una comunidad religiosa. Estas personas ejercen en el interior de las comunidades funciones jurisdiccionales. El sistema de compensación se da “cuando existen ofensas que posean un precio y que esto lleve a la posibilidad de compensar con bienes y servicios, logrando que se evite la pena personal” (Escobar y Salazar, 2004, pp.122-123).

### **OBSERVACIONES DEL CASO CONCRETO**

En la sentencia anterior se puede observar que los pueblos indígenas gozan de una fuerte prevalencia de derechos frente a los derechos de los individuos. Por ejemplo, en la sentencia T-125 de 2017 la que, a su vez, cita a la sentencia T-257 de 1993 (Corte Constitucional Colombiana, 1993) en donde se precisó que el derecho fundamental a la libertad

de locomoción (derecho presuntamente violado a Chaparral Santiago) dispuesto en la Carta constitucional en su artículo 24°, no es absoluto, por verse limitado, cuando: “El orden público pueda verse alterado” o justificarse “por razones de planeación rural o urbana, por motivos culturales o para proteger zonas de reserva rural”. Entonces el derecho fundamental de la autonomía territorial y jurisdiccional indígena junto a la diversidad cultural, vence al derecho fundamental a la libertad de locomoción, por verse éste último limitado por las razones antes expuestas. Además, la Constitución Política colombiana, en su artículo 1° dice que el interés general prevalece sobre el particular.

Las comunidades indígenas tienen una cosmovisión distinta en comparación con la de la comunidad mayoritaria, y es por esta razón que se les protege para evitar su desarraigo de la comunidad. Logrando así la conservación de su cultura y la efectividad de la pluralidad promulgada por la Constitución Política. Su derecho, además de ser consuetudinario, es de apreciación o de práctica colectiva, ya que el individuo para las culturas indígenas no existe, porque el individuo es ante todo un ser solitario, que se concibe así mismo enfrentado a la naturaleza, y a los demás seres humanos. En tal sentido, reconocer los Derechos Humanos individuales de los indígenas conduce necesariamente a su desaparición como colectividades indias, definidas culturalmente, y restándoles o reduciendo su identidad cultural. Es por esto que “la defensa y el respeto a los derechos individuales de los indios pasa necesariamente por el respeto a sus derechos colectivos como indios” (Escobar y Salazar, 2004).

Ahora bien, respecto a los latigazos como método de castigo, la Corte Constitucional ha manifestado en la sentencia arriba expuesta (T-523 de 1997), que estos no constituyen tortura, sino que son un remedio para el individuo. Lo que busca la comunidad indígena con la imposición de estos castigos es que el individuo reconozca su falta, enmiende su error, y no lo vuelva a cometer en un futuro. Esta práctica es un claro ejemplo del ejercicio de la jurisdicción indígena. Es la autonomía que le ha sido dada por la Carta política nacional a las comunidades indígenas. Esa autonomía se restringe cuando se violan los bienes más preciados del hombre como es la vida, en la cual está prohibida la tortura y la esclavitud. Situación que en la sentencia del caso no se dio, primero porque la vida de Jairo Chaparral no estuvo en peligro, y no hubo tortura por no contemplarse los latigazos como tal, y tampoco sufrió esclavitud. Sólo hubo el despliegue constitucional y, por ende, la aplicación legítima del poder jurisdiccional indígena.

En la sentencia del caso se analizó los elementos de la jurisdicción, y se halló que el elemento territorial estuvo presente. Es decir, los hechos ocurrieron dentro de su territorio (“La María”, que es territorio de paz), y este fue uno de los tantos elementos que se activaron en la práctica de la jurisdicción indígena. De allí que ceda el principio de jurisdicción del Estado nacional para darle paso a la jurisdicción indígena sólo en su territorio específico. Y con sujeción a la Constitución y a la ley, por existir la necesidad de proteger el aspecto pluricultural propio de Colombia.

Como se dijo antes la constitución de 1991, le da y reconoce la participación del sector indígena, el cual se sentía olvidado y poco involucrado en las decisiones políticas y sociales del territorio colombiano (Sentencias de la Corte Constitucional T-125 de 2017; T-523 de 1997, Sentencia de la Corte Suprema de Justicia SP 9243,2017).

Respecto a la ley de coordinación que debería expedirse entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria, cabe señalar que son jurisdicciones que están en constantes tensiones por competencias, y por derechos consagrados en la Constitución, así como otras tensiones de otros tipos y alcances. Por lo tanto, es de suma importancia que para la presentación del proyecto de esta ley se reúna a las distintas comunidades indígenas del país, junto a todos los sectores sociales y políticos, para que exista consenso, porque de no ser así se empeoraría aún más las tensiones entre estas jurisdicciones que se presentan contrapuestas. El reconocimiento de la realidad como pluralidad de formas de vida y de lenguajes heterogéneos no sólo sugiere, sino que exige la necesidad del diálogo sin coacciones previas, en la búsqueda incesante de mejores argumentos de convivencia y respeto mutuo (Carrillo, 2010, p. 42).

## **CONCLUSIONES**

La sociedad moderna se ha visto impulsada a manejar el principio de justicia junto con el de diversidad cultural. La existencia de estos dos principios viene logrando una justicia social con la inclusión de los diferentes sectores sociales y culturales de Colombia. Conocer, comprender y

propender al reconocimiento jurisdiccional indígena, no sólo el que ya está dado por la Constitución política, sino también aquel que surge de todos los residentes y nacionales colombianos. Esto ayudaría, sin duda, a una adecuada comunicación entre ambas culturas (mayoritaria y minoritaria) para así lograr el enriquecimiento del desarrollo social y jurídico de Colombia.

Luego de exponer la sentencia del caso concreto, en esta investigación se demostró que la jurisdicción especial indígena, la autonomía, la diversidad étnica y cultural que ella enmarca, tiene gran poder o prevalencia frente a los derechos fundamentales del individuo. Por ejemplo, el derecho a la libertad de locomoción, derecho limitado por el tema cultural. La jurisdicción indígena es definida en el artículo 246° de la Carta Magna como el poder jurisdiccional que ejercen las comunidades indígenas dentro de su territorio, de acuerdo a sus normas y procedimientos, siempre que estos no sean contrarios a la constitución y leyes de la república. La jurisdicción la componen los elementos humano, orgánico, normativo, geográfico y de congruencia, que indican cómo determinado asunto debe ser adelantado por esta jurisdicción. Pero si llegara a faltar un sólo elemento, la jurisdicción indígena pierde competencia, y de inmediato es enviado a la jurisdicción ordinaria. La competencia no solo está determinada por los elementos que integran la jurisdicción, sino también por los elementos del fuero indígena, que son el personal, territorial, institucional y objetivo. A lo cual hay que sumarle los principios que sirven de guía en determinados asuntos. Principios tales como el de maximización de la autonomía de las comunidades indígenas

y minimización de las restricciones a la autonomía, principio de mayor autonomía frente a los conflictos internos, y el principio de mayor conservación de la identidad cultural.

La característica principal del derecho interno indígena es el consuetudinario, con una gran carga ancestral. Los latigazos por ser un remedio para el individuo infractor son parte de una práctica ancestral que busca la armonía y el equilibrio en la comunidad indígena, no son considerados como tortura, así lo expresó la Corte Constitucional en la Sentencia T- 523 de 1997.

No está demás decir que este derecho es aplicable dentro de sus territorios respetando los derechos y bienes preciados del hombre, como lo son la vida, prohibición de la tortura y la esclavitud.

## REFERENCIAS

- Carrillo, Y. (2010). *Multiculturalismo, diferencias y derechos de las minorías étnicas en la jurisprudencia constitucional colombiana*. Editorial universitaria.
- Congreso de Colombia. (24 de julio de 2000). Ley 599 de 2000. Bogotá, Colombia. DO: 44.097/Recuperado de: <https://tinyurl.com/yzustpzo>
- Congreso de Colombia. (25 de marzo de 1890). Ley 89 de 1890. Bogotá, Colombia/ Recuperado de: <https://tinyurl.com/yen98qo4>
- Congreso de Colombia. (4 de marzo de 1991). Ley 21 de 1991. Bogotá, Colombia. DO: 39.720/Recuperado de: <https://tinyurl.com/yzg3oof8>
- Congreso de Colombia. (7 de marzo de 1996). Ley 270 de 1996. Bogotá, Colombia. DO: 42.745/Recuperado de: <https://tinyurl.com/y8et738f>
- Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.
- Corte Constitucional Colombiana. (1994). Sentencia T-254. Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://tinyurl.com/yfbdeqch>
- Corte Constitucional Colombiana. (1996). Sentencia T-349. Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://tinyurl.com/ygp27x2o>
- Corte Constitucional Colombiana. (1997). Sentencia T-496. Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://tinyurl.com/yj5bbgmn>
- Corte Constitucional Colombiana. (1997). Sentencia T-523. Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://tinyurl.com/yh4ngy87>
- Corte Constitucional Colombiana. (2000). Sentencia T-030. Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://tinyurl.com/ydlpcocy>
- Corte Constitucional Colombiana. (2000). Sentencia T-257. Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://tinyurl.com/yhvk4oay>
- Corte Constitucional Colombiana. (2003). Sentencia T-552. Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://tinyurl.com/ygbvxh6r>
- Corte Constitucional Colombiana. (2010). Sentencia T-617. Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://tinyurl.com/yjnfpezq>
- Corte Constitucional Colombiana. (2014). Sentencia C-463. Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://tinyurl.com/ygmyvgvn>
- Corte Constitucional Colombiana. (2014). Sentencia T-975. Bogotá, Colombia.



Recuperado de <https://tinyurl.com/yeqhozkl>

Corte Constitucional Colombiana. (2017). Sentencia T-125. Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://tinyurl.com/yhwe26v6>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (28 de junio 2017) Sentencia CJS SP 9243 – 47119. [MP Eugenio Fernández Carlier]

Escobar E. y Salazar F. (2004). La jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional. Editorial señal editora.

Justicia y pueblos indígenas (2017). Corte Suprema de Justicia. Bogotá D.C

Lecciones de derecho penal, parte especial. Segunda edición. Universidad Externado de Colombia.

Organización Internacional del Trabajo –OIT (2014). Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, convenio N° 169. Recuperado de <https://tinyurl.com/y2s8o3qu>

Presidencia de la República de Colombia. (4 de julio de 1991). Constitución Política de Colombia. Recuperado de: <https://tinyurl.com/yxsva848>

Sentencia Corte Suprema de Justicia SP 9243, rad 47119 (Aprobado en acta N° 204) 28 de junio de 2017. Sentencia Corte Suprema de Justicia N° 12043 de 15 de junio de 1999.