

Dicotomías en el sistema jurídico indígena: La debilidad de un garantismo extremo

Luisa Fernanda García Lozano
Universidad Militar Nueva Granada
luisa.garcial@unimilitar.edu.co

David Ricardo Duarte Castilla

Resumen

En el presente texto se busca responder a la pregunta ¿El reconocimiento del derecho indígena y la falta de desarrollo legal del sistema jurídico indígena ha producido un derecho relativizado, trayendo consigo, en algunos casos, abusos de poder, pérdida de identidad e incluso violaciones de los derechos fundamentales? Teniendo como base en una metodología dogmática, hipotética deductiva y comparativa, el texto demuestra en tres situaciones que se han denominado dicotomías, la cuales pretenden explicar cómo en la práctica se enfrentan las garantías legales a la pérdida de la cultura, abuso del poder y violaciones de los Derechos Humanos.

Palabras clave: Sistema jurídico indígena, cultura, poder derecho.

Abstract

The present text seeks to answer the question: Does the recognition of indigenous rights and the lack of legal development of the indigenous legal system produced a

Fecha de Recepción:

Fecha de Aprobación:

* El presente artículo es el resultado de una investigación, el cual hace parte del grupo de investigación de derecho público y la línea de sociología jurídica, adscrita a la Universidad Militar Nueva Granada.

** Luisa Fernanda García Lozano, Abogada de la Universidad Santo Tomas, Master in arts of the sociology of law, Instituto internacional de sociología jurídica de Oñati, universidad de Milán y universidad del país vasco, Actualmente se encuentra cursando el Doctorado en derecho en la Universidad de Buenos Aires. Se desempeña como Docente- investigadora de Universidades como Santo Tomás, Universidad Militar Nueva Granada, entre otras. Es autora de varios libros y artículos en el área de la sociología jurídica. Correo: luisa.garcial@unimilitar.edu.co

*** Abogado universidad Santo Tomas, especialista en Derecho Sustantivo y Contencioso Constitucional de la Universidad Javeriana. Presta sus servicios a la Dirección de Asuntos Indígenas Rom y Minorías del Ministerio del Interior de la República de Colombia

relativized right, bringing, in some cases, abuse of power, loss of identity and even violations fundamental rights? On the basis of a dogmatic, hypothetical-deductive and comparative methodology, text shows three situations that have called dichotomies, in which it studies how in practice facing legal guarantees to the loss of culture, abuse of power and violations of Human Rights.

Keys words: indigenous legal system, culture, power, law

Introducción

La consagración de Colombia como un Estado Social de Derecho produjo la reivindicación jurídica de las comunidades indígenas, las cuales hasta el cambio del modelo de Estado eran un grupo relegado y marginado. La Constitución política contempla una serie de principios, normas, derechos y mecanismos para que los integrantes de los pueblos indígenas sean ciudadanos de especial protección conforme a su propio desarrollo socio-cultural. Entre los principales temas de estudio para la antropología y la sociología jurídica se encuentran los temas de coordinación entre jurisdicciones, activísimo de la Corte Constitucional en la protección de derechos, pluralismo jurídico, entre otros, no obstante, se evidencia en la práctica diversos conflictos que han excedido el alcance de los límites jurídicos existentes los cuales han sido poco trabajados en la teoría y se considera necesario resaltar y estudiar.

Así, en virtud del trabajo con diversas comunidades a lo largo del país y del seguimiento a la producción teórica, el texto busca responder al siguiente interrogante, ¿El reconocimiento del derecho indígena y la falta de desarrollo legal del sistema jurídico indígena ha producido un derecho relativizado, trayendo consigo, en algunos casos, abusos de poder, pérdida de identidad e incluso violaciones de los derechos fundamentales?

Con el fin de responder al interrogante el artículo se desarrollará de la siguiente manera: en la primera parte se describirá y analizará el modelo de Estado, sus elementos y fines, para explicar por qué la corte constitucional puede desempeñar el rol de “guarda integral de la Constitución” (artículo 241) y en específico de todo el sistema jurídico indígena que está a la espera de una estandarización.

Posteriormente, se abordaran tres casos específicos a los que se les denomino, dicotomías, en la primera se analizará como la falta de armonización y elementos claros para entender este sistema jurídico indígena conlleva a que en algunos pueblos se evidencie la pérdida de los elementos culturales en el accionar al momento del dialogo con la sociedad mayoritaria.

La segunda, estudia las potestades otorgadas por la Corte a los gobernadores y cabildos que sobre pasan las facultades brindadas por ley o que requieren su desarrollo, lo que produce diversas consecuencias, la primera de ellas es una relativización del derecho, jurídicamente todo es posible, y dos amparados por estos imaginarios jurídicos se extralimitan las autoridades indígenas en sus funciones cometiendo abusos de poder y hasta violando Derechos Fundamentales.

Así, en la tercera parte, se abordara el papel fundamental que ha cumplido la acción de tutela como generador de los límites al sistema y desarrollo progresivo que ha tenido

como orientador en el tema que representa, retomando los casos expuestos a lo largo del texto.

Finalmente, se expondrán algunas conclusiones que exponen la necesidad de realizar procesos de estandarización del sistema indígena a través del dialogo cultural y el derecho mayoritario para lograr el objetivo principal “un país intercultural”.

Algunas precisiones conceptuales

Con el fin de brindar un marco lógico para entender el contexto del presente artículo es necesario explicar de forma sucinta que entienden los autores por sistema jurídico indígena; para ello en primer lugar se debe entender que se considera un sistema, éste es “un todo, donde las partes se comportan lógicamente en la relación de las unas con las otras, de manera durable y no arbitraria”(Moreno, Ramírez, 2006) en este contexto, es un término que está en construcción, dado que para hablar de un sistema jurídico indígena se hace necesario tener en cuenta un conjunto de diferencias y de posiciones que se define dentro y por la oposición cultural, determinada por los valores de las partes con el fin que en la práctica individual o colectiva la orientación y el control social se fundamente por los valores establecidos. En este sentido este sistema solo se materializará cuando se articulen en un dialogo permanente y horizontal las instituciones jurídica de la sociedad mayoritaria con la indígena, teniendo en cuenta, entre otros elementos, los principios, derechos al igual que mecanismos.

La transformación del modelo de Estado que se adoptó en 1991 para Colombia, significó no solo la elaboración de una nueva Constitución política, por el contrario, el

acoger el Estado Social de Derecho implicó la transformación del paradigma jurídico con miras a permitir un dialogo entre la Sociedad, el Estado y el Derecho, que buscaba dar un cambio en la realidad de la sociedad colombiana.

Para explicar la anterior afirmación, se retoma el concepto de Estado Social de Derecho que plantea el profesor García Pelayo (Echeverri, 2002, p. 317) a través de tres momentos: “a) el objetivo social, dado por la evolución histórica de las sociedades capitalistas y que se recoge en los momentos culminantes de la Constitución alemana de 1919, b) la concepción ascendente de la democratización del poder, y que genera normas tales como la soberanía popular; pluralismo político y social; derecho a la igualdad material ante la ley, así como el igual acceso a la representatividad y competitividad por el poder; constitucionalización de los partidos políticos, organizaciones sindicales, patronales y en general, a todas las formas asociativas generadas por la sociedad civil. Deben incluirse en este grupo normativo aquellas que reconocen mecanismos e instituciones de la democracia participativa o semidirecta (...); c) la sumisión de ambos términos, “social” y “democrático” al Derecho”.

Al analizar dichos postulados se hace evidente que el segundo de estos ítem representa el cambio principal, dado que el contenido de lo social va estar proyectado sobre principios que amplían el campo de aplicación del sistema jurídico, permitiendo, así, a través de su ejercicio al igual que en su aplicación tener en cuenta todos los elementos sociales que integran la sociedad que han sido olvidados en virtud de la historia de marginalización y segregación consecuencia de la violencia y de

los factores reales de poder que han gobernado el país.

Colombia, paradójicamente, conservaba su carácter democrático y de Estado de Derecho para inicios de la década de 1990, sin embargo, en virtud de los hechos de violencia y deslegitimización del sistema a través de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 se asume el reto de tránsito hacia lo “social”, lucha contra la desigualdad y por la inclusión, recogiendo las demandas de amplios sectores ciudadanos (minorías étnicas, obreros urbanos, campesinos, líderes estudiantiles, e incluso sectores guerrilleros).

De esta forma, se encuentra que la definición básica de Estado Social de Derecho en Colombia, se fundó en principios constitucionales como el de la Dignidad Humana, el trabajo, la solidaridad y en la prevalencia del interés general (artículo 1), todo ello complementado con los derechos inalienables de la persona (artículos 5 y 94), la obligación de protección de los débiles, la promoción de la igualdad material (artículo 13), la prevalencia del derecho sustancial sobre los procedimientos (artículo 228) y la prioridad del gasto público social (artículo 350)”. No obstante, el desarrollo y la interpretación de dichos principios reposarían en la comprensión del derecho como un instrumento del Estado Social de Derecho.

El desarrollo del concepto de Estado Social de Derecho tuvo lugar en las primeras sentencias que emitió la Corte Constitucional. La responsabilidad de ésta institución consistió en traducir los postulados políticos y jurídicos de la nueva Constitución para brindar una clara directriz de interpretación y aplicación hacia el futuro de la misma. Así, comprender la magnitud del significado de éste tipo de

Estado, implica referenciar dos sentencias que cambiaron la forma de ver el Derecho en Colombia. En Sentencia (C-449 de 1992), donde se establece que las instituciones del Estado deben actuar bajo el principio del servicio a la comunidad: en esta perspectiva, los principios jurídicos en general se enmarcan en esa misma lógica, transformando la imperante hasta entonces de la prevalencia del Derecho sobre la sociedad (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Por otro lado, en Sentencia T-406 de 1992 del Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón, se explica la manera en que la consagración de un Estado Social de Derecho en la Constitución Política de 1991 implicó un cambio en la concepción del Derecho: [...] “[en] el Derecho no sólo hay una transformación cuantitativa debido al aumento de la creación jurídica, sino también un cambio cualitativo, debido al surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho, cuyo concepto clave puede ser resumido de la siguiente manera: la pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos”. Estas características adquieren una relevancia especial en el campo del derecho constitucional, debido a la generalidad de sus textos y a la consagración que allí se hace de los principios básicos de la organización política. De aquí la enorme importancia que adquiere el juez constitucional en este modelo de Estado, pues en este escenario es el juez constitucional quien define e indica el alcance del Estado Social de Derecho.

En este orden de ideas, las directrices que se constituyen para este modelo de Estado tienen como principal fundamento, ya no

el mantenimiento de la seguridad jurídica y la legalidad *per se*, sino la prevalencia de la justicia social, la legitimidad y la eficacia. Por ende, en virtud de dichos presupuestos, el Derecho “deja de ser un límite para el ejercicio del poder y se convierte en un elemento de poder mismo (...) (...) al pasar la ley de ser un instrumento de acción (...) a hacer un instrumento para la acción” (García Villegas, 1996, p. 105 y 106). Así, las altas cortes se configuran ya no solo como actores jurídicos, sino actores políticos de la realidad nacional al adquirir el sistema jurídico, fuerza e importancia en dicha realidad.

Igualmente se hace necesario resaltar como en algunos casos las funciones institucionales se convierten en desarrollo fundamental para la materialización de este modelo. En este sentido y en virtud del tema en cuestión, la Corte Constitucional se convirtió en el modelo institucional hito para el desarrollo, protección y garantía de derechos, que tiene su marco legal en el capítulo IV, artículos 239 al 245, de la Constitución Política, este órgano representa en el país la defensa efectiva de los Derechos, al desarrollar de forma activa la función esencial ser juez “ser creador de principios jurídicos que permitan que el derecho responda a las necesidades sociales” (Sentencia C-836 de 2001) y a pesar de la dicotomía generada entre los derechos fundamentales y las tendencias económicas prevaletentes, tomar decisiones justas e independientes, de conformidad con los principios del Estado Social de Derecho.

Para el tema en particular, reconocimiento, protección e integración de las comunidades indígenas, aun cuando la Constitución reconoce una serie de postulados, la materialización efectiva se ha realizado en virtud de desarrollos jurisprudenciales de la materia, ya

que al no existir regulación legal en específico estos postulados se han construido en los fallos de tutela y de constitucionalidad que han establecido las pautas generales para entender cómo aplicar y entender los derechos y garantías constitucionales.

De esta forma, a partir de una interpretación sistémica, finalista, el test de igualdad (C-180/05) y el desarrollo de la ponderación (C-022/96), se estableció como principio base en el desarrollo de la misma, el artículo 7 de la constitución política de Colombia, la diversidad étnica y cultural, la cual está compuesta de dos premisas esenciales para su desarrollo, reconocimiento y protección. Asimismo, para la consecución de tales fines se hizo necesario en la jurisprudencia diseñar un conjunto de preceptos encaminados a otorgar especial garantía a todas las etnias y culturas que habitan en el territorio colombiano no solo de manera formal, si no que se buscó la integración real de la nación colombiana.

Así, y de acuerdo con la línea jurisprudencial realizada en la (sentencia T - 1105 de 2008), la aplicación del sistema jurídico que contempla el tema indígena, el cual es constituido por:

“el artículo “8° cuyo tenor establece que el Estado protegerá la riqueza Nación; el artículo 9° por medio del cual se garantiza el derecho a la autodeterminación de los pueblos; el artículo 10° donde se prescribe que las lenguas y dialectos de las comunidades étnicas también serán lengua oficial en su territorio y se establece la obligación de enseñanza bilingüe en aquellas comunidades con tradiciones lingüísticas propias; el artículo 63 en el cual se determina que las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de Resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación (...) son inalienables,

imprescriptibles e inembargables; el artículo 68 en el cual se dispone que quienes integran los grupos étnicos podrán ejercer su derecho a formarse con fundamento en cánones que respeten y desarrollen su diversidad cultural; el artículo 72 cuando se refiere al patrimonio cultural de la nación y determina que dicho patrimonio está bajo protección del Estado y cuando se pronuncia, igualmente, sobre el patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la diversidad nacional”.

Artículo 246, en donde se consagran la jurisdicción especial indígena, los artículos 285 a 288 y 330, donde se establece la organización territorial de Colombia, incluidos los territorios indígenas, se desarrolla en marco de interpretación:

1. “A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía”. 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 y obligaciones.

2. “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 (CP arts. 4, 6 y 95), dentro de los que se incluyen los indígenas, no sobra subrayar 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.

3. Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural. 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.

4. 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, lo que, *mutatis mutandis*, fundamenta la prevalencia de los usos y costumbres en la materia sobre normas que sólo deben tener aplicación en ausencia de una autoregulación por parte de las comunidades indígenas.

Estas reglas de interpretación denotan la importancia para la aplicación del sistema jurídico indígena la preservación de sus usos

y costumbres. En razón de lo anterior se hizo necesario en los primeros años de jurisprudencia la presencia de peritos que le ayudaran a comprender al magistrado los elementos culturales que se imprimían para la toma de decisiones de cada uno de los pueblos indígenas, no obstante, con el paso del tiempo cada vez son menos los reflejos culturales de estos pueblos, esto ha conllevado a que algunas comunidades indígenas en particular adopten sistemas regulatorios internos que distan de una clara tradición y asemejan un formalismo jurídico.

Primera Dicotomía:

1. Tesis: Los indígenas de la sierra nevada de Santa Marta en donde se encuentran pueblos como los Koguis, los Wiwa, Aruhacos y Kankuamos preservan su identidad cultural permitiendo de esta forma poder desarrollar y dialogar con la sociedad mayoritaria sus prácticas, de tal forma que estos pueblos aún conservan de forma clara sus valores, instituciones, tradiciones y normas, lo cual permite aplicar las reglas de interpretación antes mencionadas.
2. Antítesis: Los procesos asimilacionistas que han adoptado algunos pueblos indígenas, han conllevado a una pérdida de identidad en sus instituciones. En la actualidad existen comunidades que han tenido que hacer un trabajo de repensarse como sujeto colectivo de especial protección, reconstruir sus usos y costumbres, además de su identidad, con el fin de hacerse acreedores a las garantías, derechos y protecciones entregadas en virtud al proceso constitucional de 1991.

Consecuencia de lo anterior, son los ejercicios internos que realizan algunas

comunidades y pueblos indígenas, en donde adoptan reglamentaciones que lindan más a un sistema penal occidental, que al desarrollo de un ejercicio colectivo comunitario que permita establecer un verdadero sistema propio de justicia. Esto ocurre cuando se piensa la comunidad desde un intercambio de saberes externo, en donde se adoptan posturas distintas a las realmente practicadas por la comunidad. En este proceso se encuentran Resguardos como el Resguardo Indígena Embera Chamí de Escopetera y Pirza, en donde unos sectores reconocen lo planteado en el Plan de Vida trabajado y aceptado en el año 2008, y otros sectores desconocen por completo este proceso e inician un proceso de reestructuración, proceso que parte de algunas elites dirigentes y se deja de lado a la base comunitaria¹.

Lo anterior conlleva a que los integrantes de las comunidades indígenas no mantenga una unidad y por lo contrario se genere una división polarizante, que en algunos casos termina en conformación de conflicto interno, la búsqueda de una división encaminada a una segregación y una pérdida del postulado de sujeto colectivo tan protegido en la Constitución vigente y en la sentencias de constitucionalidad (tipo "C") (Sentencia C-059/94), de revisión de tutela (tipo "T") (Sentencia T-380/93; T-652/98) y en las de suma importancia las sentencias de unificación jurisprudencial (tipo "SU") (Sentencia SU-510/98).

Así en razón condiciones externas, como: los factores reales de poder, intereses

¹ Los casos que se exponen en el documento, se plantearán de forma general sin brindar detalles del nombre de las comunidades, o de los miembros implicados, dado que, en este momento están siendo tratados por las autoridades competentes.

económicos, grupos al margen de la ley, el desconocimiento en temas cruciales como el consentimiento o los efectos de un mega proyecto (T-129/11) etc. Al igual que elementos internos: una larga historia de pobreza, exclusión y violencia, relaciones de poder, necesidades básicas insatisfechas, entre otros. Las prácticas propias para aplicación del Derecho no han sido posible consolidarlas, al ser este un elemento esencial en la existencia, conservación y coexistencia de las sociedades, así como al ser una herramienta de poder que representa para el caso en específico el dialogo directo con la sociedad mayoritaria.

En síntesis se hace posible concluir no se ha logrado preservar la mayor riqueza cultural, social y política de los pueblos, al igual, que se no pudo constituir la verdadera nación iteretnica y pluricultural que busco en 1991 el constituyente primario. En un primer momento, en virtud, de la falta de protección de las manifestaciones culturales, “los elementos esenciales de la forma de interacción humana y establecimiento del orden” (Portes, 2006, p. 19), ya que, estos son reflejos de los diferentes pueblos. La cultura es dinámica, y se constituye en un reflejo de los miembros que componen cada sociedad, por ende, en un principio defender sus propias formas de regulación al igual que el desarrollo solo es posible desde el fortalecimiento y la disposición de las partes si se tiene en cuenta el fin último “la justicia social.

Igualmente en virtud de la falta de reglamentación de la materia, la Corte Constitucional se ha permitido en su facultad de garante de la constitución entregar facultades a los pueblos indígenas, que solo podrían ser posibles a partir de la reglamentación legal que exige la Constitución para poder

hacer usos y ejercicio de algunas facultades, muestra de esto es que, un alto número de sentencias entregan autonomías funcionales a las comunidades indígenas pasando por alto el articulado constitucional que refiere a la organización territorial, en donde se dispone que serán entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas, estos últimos necesitaran de reglamentación legal, para que puedan hacerse beneficiarios de las facultades que entrega el artículo 287 constitucional de acuerdo a la ley orgánica de ordenamiento territorial, y como plantea el ex magistrado Carlos Gaviria en Sentencia C - 139 de 1996, donde validó el auto gobierno,

“La potestad otorgada al Gobierno (... ..) para intervenir en el gobierno de los pueblos indígenas contraría el artículo 330 de la Constitución Política, que prescribe: “de conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades...”. En este precepto se consagra el autogobierno indígena, cuyo ejercicio puede ser limitado sólo por las disposiciones de la Carta y las expedidas por el legislador, que a su vez deben ser conformes a aquéllas. Ni el gobierno nacional ni las autoridades eclesiásticas están autorizados por la Constitución para intervenir en la esfera del gobierno indígena”.

Segunda dicotomía:

Tesis: Bajo el supuesto que se establece en Sentencia T-254/94 “*La autonomía política y jurídica reconocida a las comunidades indígenas por el constituyente, por su parte, debe ejercerse dentro de los estrictos parámetros señalados por el mismo texto constitucional:*

de conformidad con sus usos y costumbres, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a la ley, de forma que se asegure la unidad nacional”, y bajo la necesidad de un desarrollo garantista relativizado se considera a los Pueblos Indígenas como sujeto de especial protección, por tanto se les ha entregado unas extensas concesiones que a través del desarrollo jurisprudencial se convirtieron en la entrega de facultades y funciones con un límite muy exiguo, que ha permitido el desarrollo de un paralelismo de forma en el Estado.

Antítesis: Esta ambigüedad produce vacíos que en algunos casos produce abusos de poder, en ocasiones por falta de una autoridad al momento de abordar los conflictos en virtud que no hay una entidad de control, que vigile y exija los procesos que son articulados con el estado, por ejemplo, ¿qué sucede cuando existen dos autoridades en un mismo ente territorial?, es una pregunta reiterativa por parte de los alcaldes, dado que este tipo de situaciones producen que inicie el paralelismo estatal. Es preciso señalar, que no sucede en todo el territorio nacional, pero, esto se hace evidente en los municipios en donde el proceso reivindicatorio se ha consolidado a partir de 1991.

Así, entre las principales dificultades que se ha encontrado para que se desarrolle y reglamente las entidades territoriales, es que se ha presentado tres veces el proyecto de ley que reglamenta la materia, dejando ver al mismo tiempo la falta de voluntad política en el tema por parte del legislador. Pero con la reciente Ley Estatutaria de Ordenamiento Territorial (2012), se intentó emprender nuevamente la presentación del proyecto de ley, se buscó por el gobierno nacional concertar el texto del nuevo proyecto de ley a presentar y esto no fue acogido de la manera que se

esperaba. De lo anterior, se ha consolidado una idea para algunos sectores de la opinión pública, esta parte del supuesto que, no se necesita la constitución de las Entidades Territoriales Indígenas, pues ya los derechos y atribuciones que estas entidades territoriales les concedería a los Pueblos Indígenas la Corte Constitucional ya los ha reconocido y ha instituido los mecanismos para desarrollo.

En este entendido, existen tendencias jurisprudenciales que reconocen, permiten, facultan y autorizan a los Pueblos Indígenas desarrollarse, lo que conlleva a que se genere un ambiente en el deber *ser*, un vacío, y esta ambigüedad se constituye en el statu quo de la actualidad, pues se genera un temor por parte de la administración al no tener total claridad de cómo abordar el tema étnico, por la falta de un debido manejo de los pesos y contrapesos en el desarrollo de la autonomía reconocida a las comunidades indígenas.

Con la anterior afirmación no se está atacando a la Corte por este alto grado de garantismos que le ha proveído a la jurisprudencia y que se ha permitido la materialización del Estado Social de Derecho, pero si se hace necesario evidenciar la falta de control, dialogo con los organismos de inspección y vigilancia por parte de las comunidades indígenas.

En este sentido, en desarrollo de estas garantías tenemos la constitución de las EPS Indígenas (Ver Ley 100 de 1993 y el decreto 330 de 2001), las cuales consisten en crear una persona jurídica que preste el servicio médico a sus afiliados. En la actualidad se han presentado problemas en torno a la vigilancia y control de estas, ya que, aunque se reafirmó en sentencia 11001-03-15-000-2005-00433-00 del Consejo de Estado “La Superintendencia Nacional de Salud, en

virtud de lo dispuesto en el artículo 7° del decreto 330 de 2001 y en los artículos 7 y 15 de la ley 691 de 2001 es la entidad encargada de llevar el registro de las entidades promotoras de salud EPS indígenas y ejercer la vigilancia y el control de las mismas”, en la práctica algunas de estas EPS Indígenas, en virtud del trato diferencial de la Corte y la aplicación de un derecho relativo, exigen la creación de un mecanismo especial para la vigilancia y control, mecanismo concertado con y por los mismos líderes de los Pueblos Indígenas bajo sus propios intereses, lo que ha producido que se tengan que intervenir EPS-I, y en algunas se generen planes de adecuación para que mejore la prestación de servicio, para evitar los abusos y la indebida prestación del servicio. Al respecto ver casos como los presentados en las comunidades Embera Katío y Chamí (eje21, 2012) (sala de redacción de medellín, 2012)

En este escenario es posible evidenciar un elemento en común, cuáles y como son las prácticas de las elites diligenciales para la toma de decisiones en los diferentes pueblos, así, partiendo de los postulados y conceptos de las altas Cortes al afectar al comunero o los integrantes de las comunidades por no tener un efectivo servicio público.

Por otra parte, donde se plantea la complejidad que resulta de abordar el tema de usos y costumbres cuando una autoridad indígena ejerce funciones jurisdiccionales en la administración de justicia y aboca conocimiento por jurisdicción territorial, de casos de narcotráfico, homicidios, acceso carnal y entre otros delitos de alto impacto, que se consideraría están fuera de los usos y costumbres de una comunidad indígena, al respecto ver: Sánchez Botero, E y Jaramillo Sierra, I. (2001) *Jurisdicción Especial Indígena*. Sánchez Botero, E (2005), *Los Pueblos indígenas en*

Colombia. Derechos políticas y desafíos, entre otros. Para abordar estos temas, igualmente es necesario remitirse a la sentencia hito (C-349 de 1996), en donde se postulan los límites a la jurisdicción.

Otro de los temas relevantes para el análisis en cuestión son aquellos relacionados con el debido proceso y la seguridad jurídica que se analizan bajo el espectro de la autonomía y diversidad. Aunque la Corte Constitucional en múltiples ocasiones (T- 254 de 1994, C-139 de 1993, T- 1127 de 2001) a determinado que de acuerdo a cada comunidad, usos y costumbres se entienden estos principios, por lo cual se encuentran casos en donde se han vulnerado conforme a esta tendencia Derechos Fundamentales. Tal es el caso, en donde en virtud de las funciones otorgadas para administrar justicia, en una comunidad, que no era líder, al denunciar irregularidades en la ejecución de los proyectos y al interior de la comunidad, el gobernador expide orden de captura contra él, indefinida y sin motivación, además, determina que este indígena debe estar aislado y solo se puede comunicar con los demás integrantes si esta en presencia de una persona de confianza del gobernador. En virtud de la situación se solicita que el caso sea revisado el juez de tutela y en razón de la autonomía otorgada por la Corte desestima el caso.

El caso anterior es emblemático, dado que, esta situación no estaba regulada de acuerdo a sus usos y costumbres de la comunidad y en virtud de la situación específica se determinó la sanción. La Corte Constitucional en repetidas ocasiones ha hecho énfasis en que aunque se busca la maximización de la autonomía y minimización de las restricciones jurídicas y legales para brindar mayor protección, con el fin de proteger los cuatro principios interpretativos de la diversidad étnica y cultural,

en la decisión del gobernador se manifiesta como un abuso del poder, que extralimita las garantías de autonomía otorgadas a las comunidades y el juez de primera instancia debía proteger el miembro de la comunidad.

Asimismo, en virtud de la ausencia de una producción que articule desde la comprensión el sistema, la tutela ha sido una de las principales acciones que determinado marcos de acción para los pueblos indígenas. Por tanto, la acción de tutela (artículo 86, constitución política) se convierte en un mecanismo de altísimo poder e importancia, para protección directa de los derechos fundamentales y como se plantea por el Ex Magistrado de la Corte Constitucional Manuel José Cepeda,

“La acción de tutela permite a cualquier persona cuyos derechos fundamentales sean amenazados o violentados solicitar a cualquier juez con jurisdicción territorial, sin formalidades de ningún tipo, que proteja sus derechos, y preserve así la integridad de la Constitución en esa situación particular. Los ciudadanos pueden presentar peticiones respetuosas en este sentido, sin necesidad de contratar un abogado, ante cualquier juez individual del país, el cual quedará legalmente obligado a resolver este tipo de peticiones de forma prioritaria frente a cualquier otro asunto que se tramite ante su despacho ... Adicionalmente, cualquier decisión de tutela puede ser revisada por la Corte Constitucional, que seleccionará aquellas que considere necesario corregir, o que sean pertinentes para el desarrollo de su propia jurisprudencia, y proferirá el fallo correspondiente” (2007, 41).

Partiendo de este entendido general, es que el activísimo judicial logra tener un papel importante para abordar distintos ámbitos en la realidad colombiana, uno de estos es el desarrollo de la Jurisdicción Especial

Indígena, lo que valida la práctica evidenciada en Sentencia C - 139 de 1996, donde a través de la tutela se establecen los límites y marcos de acción de la jurisdicción, así: “Si bien el legislador tiene competencia para establecer las directivas de coordinación entre el sistema judicial indígena y el nacional, la eficacia del derecho a la diversidad étnica y cultural y el valor del pluralismo pueden ser logrados satisfactoriamente sólo si se permite un amplio espacio de libertad a las comunidades indígenas, y se deja el establecimiento de límites a la autonomía de éstas a mecanismos de solución de conflictos específicos, como las acciones ordinarias o la acción de tutela”.

En este sentido, se evidencia que la revisión realizada por la Corte Constitucional de las acciones de tutela, permite que las distintas *ratio decidendi* utilizadas para resolver los casos, admite que se generen corrientes de interpretación con las ya conocidas reglas de interpretación establecidas por la misma corte con las que se debe entrar a analizar las decisiones de administración de justicia en ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena y las decisiones que emanan del auto gobierno lo que generan vacíos de aplicación real en algunos casos.

Por tanto, se ha establecido que la tutela no debería ser el único mecanismo para la producción de límites, en la actualidad múltiples conflictos se presentan que no necesariamente llegan a la jurisdicción ordinaria. Por ejemplo, aquellos conflictos inter étnicos, en donde, en razón del territorio cuando se hay varias comunidades asentadas sin tener las mismas costumbres y prácticas se presentan fuertes enfrentamientos que incluso han causado muertes, cuando hay pugnas entre los mismos líderes políticos en el manejo de los recursos, incluso cuando el Estado propone proyecto para la protección de derechos

étnicos, pero, que al no ser consultados y dialogados en la zona produce fuertes enfrentamiento entre comuneros y las comunidades (Indígenas se enfrentan con machete y piedra por colegio). Y como consecuencia de este conflicto y agotado varios espacios de concertación, se expide la resolución N° 007/2011.

Con lo que se termina de polarizar posturas y en el fondo lo que se produce es una negativa a la efectiva prestación del servicio de la educación a otro grupo de especial protección constitucional que son los niños, Artículo 44 de y el Artículo 41, constitucional totalmente desvirtuado, por el proceso de reconocimiento y autonomía indígena.

No obstante, en razón del desconocimiento de las comunidades indígenas, su cultura, prácticas, ideología, entre otros, en algunos casos “la corte encuentra incómodo el papel de fallar sobre sistemas y formas de ver el mundo que no comprenden y, pese a sus esfuerzos, no ha podido asumir una posición neutral (...) Además, el llamado a definir las relaciones interculturales no es un juez blanco –ni unipersonal, ni colectivo–. Estas relaciones, si se pretenden respetuosas de la diversidad, deben ser elaboradas en un proceso de diálogo y concertación entre actores involucrados. Un proceso así toma tiempo, y no son los tribunales los espacios apropiados para su desarrollo”. (Sánchez, 1998, en Ariza, 2008)

Tercera dicotomía:

Tesis: Para lograr la consagración y materialización de un Estado intercultural se hace necesario el fortalecimiento del Sistema Jurídico Indígena Propio, en el cual se coloque dentro de un dialogo de comprensión que permita la armonización para la definición de reglas marco que permitan la potencialización

del Estado Social de Derecho como marco de acción y protección a los ciudadanos.

Antítesis: Las potestades que se le han otorgado por intermedio de la jurisprudencia a las comunidades indígenas, en las cuales se ha maximizado la autonomía en virtud de la protección del principio diversidad étnica y cultural, han generado problemas de abusos de poder, al igual que prácticas que afectan directamente los derechos fundamentales de algunos miembros de las comunidades, dado que, las prácticas no constituyen procesos consolidados, y al no tener unos mecanismos concertados previamente y no establecer unas reglas o normas dificulta el poder llegar a un dialogo de armonización. Reflejo de esto es, cuando los casos son abordados por las autoridades estatales y las autoridades indígenas, y se genera el conflicto positivo de competencia (Sentencia de tutela T-009 de 2007).

Pero, como el desconocimiento por parte de algunos comuneros en el efectivo ejercicio de la protección de los derechos fundamentales es tan amplio, se desencadena en algunos casos se dé la violación sistemática y efectiva vulneración de derechos fundamentales, producido principalmente por el reiterado desconocimiento de la constitución y la ley colombiana, atribuido a la tan menciona y difícilmente franqueable autonomía política y cultural que tanto se ha mencionado a lo largo de este escrito.

A manera de conclusión

Las ambigüedades que se presentan en la construcción de un sistema jurídico indígena han producido dificultades para la protección de Derechos a los pueblos indígenas. Por tal motivo, el amparo y garantía que la Corte Constitucional a través de sus fallos

le ha brindado estos pueblos los primeros acercamientos para materialización de una coordinación entre la administración de justicia indígena y ordinaria, empero, los vacíos propios que producen los elementos básicos de interpretación, la carencia de líneas, al igual que de precedentes claros produce que en la práctica estos representen posibilidades de violación de derechos y abusos de poder.

Asimismo, la perspectiva de preservación de la cultura que ha abanderado la Corte Constitucional se considera mal interpretada por parte de algunos académicos y líderes al enfrentarse a la disyuntiva de entra la modernización y la protección de la diversidad cultural. Dado que las comunidades indígenas tienen diferentes niveles de arraigo cultural, usos y costumbres han tenido dificultades al momento de intentar estandarizar estos conceptos, por solicitud de instituciones del Estado u organismos internacionales, ya que en algunos casos se presentan una occidentalización de las figuras jurídicas o de gobierno.

Los procesos institucionales de asimilación por parte del estado para dar viabilidad a trámites burocráticos o con el fin de obtener la coordinación deseada, han generado que en la práctica se les imponga los líderes y a las mismas comunidades a adecuarse a instituciones con parámetros del Estado que han causado caos y conflictos al interior de los pueblos.

Igualmente, los procesos de concertación han sido desconocidos para los comuneros se encuentran en los límites de las comunidades, los conflictos que se presentan entre los campesinos, comunidades afro y otras comunidades indígenas en general se presentan al no tener claro las garantías para cada uno de estos los pueblos y los procesos de armonización de los derechos.

A la fecha la necesidad de concertar los parámetros para la materialización de un Estado Social de Derecho con los pueblos indígenas es evidente. La sobre garantía de derechos ha generado su relativización, y por tanto de forma indirecta, se presentan violaciones a derechos fundamentales, abusos de poder al igual que una falta de claridad para la construcción de procesos armónicos que permitan la coordinación, así como la aplicabilidad de la Carta teniendo como fundamento la misma comunidad.

Lista de referencias

Cepeda Ospina, M. (2007). *Polémicas constitucionales*. Bogotá. LEGIS.

Echeverri Uruburo, A. (2002). *Teoría constitucional y ciencia política*. Bogotá, profesional editores

Huber, H., Martínez, J. Ariza, et al.(2008) *Hacia sistemas jurídicos plurales reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*. Colombia. Konrad Adenauer Stiftung..

Moreno Duran, A y Ramírez, E. (2006). *Pierre Bourdieu introducción elemental*. Bogotá, panamericana, segunda edición.

Sánchez Botero, E. Y Jaramillo Sierra, I. (2001). *La jurisdicción especial indígena*. Bogotá. Procuraduría general de la Nación-procuraduría para las minorías Étnicas.

_____ (2005), *Los Pueblos indígenas en Colombia. Derechos políticos y desafíos*. Bogotá. UNICEF Gente Nueva.

Sentencias

Colombia, Corte Constitucional, (1992), (Sentencia C-449), MP.: Caballero Martínez, A., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, (1992), (Sentencia T-406), MP.: Ciro Angarita V. Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, (1993) (Sentencia No. T-380) MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, (1994) (Sentencia T-254) MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, (1994) (Sentencia C-059) MP. Vladimiro Naranjo Mesa, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, (1996) (sentencia C-139). MP. Carlos Gaviria Díaz. Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, (1996) (Sentencia C-022) MP. Carlos Gaviria Díaz. Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1996) (Sentencia T-349) MP. Carlos Gaviria Díaz, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, (1996) (sentencia C-139). MP. Carlos Gaviria Díaz, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1998) (Sentencia SU-510) MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, (1998) (Sentencia T-652) MP. Carlos Gaviria Díaz, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2001), (Sentencia C-836) MP. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, (2001) (Sentencia T- 1127) MP. Jaime Araujo Rentería

Colombia, Corte Constitucional (2011) (Sentencia T-129), MP. Jorge Iván Palacio Palacio, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, (2005) (Sentencia C-180) MP. Humberto Antonio Sierra Porto, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, (2007) (Sentencia T-009) MP. Manuel Jose Cepeda Espinosa. Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, (2007) (Sentencia T-009) MP. Manuel José Cepeda Espinosa, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, (2008) (Sentencia T – 1105) MP. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá.

Textos en Internet

García Villegas. M. (1996). *Justicia Constitucional y tutela*. Bogotá, Universidad de los Andes, Estudios ocasionales Centro de investigaciones sociojuridicas cijus. [en línea] disponible en: <http://cijus.uniandes.edu.co/publicaciones/publicacionespdf/justiciaconstitucionalyaccion%20de%20tutela.pdf>, fecha de consulta, 29 de mayo de 2010.

Indígenas se enfrentan con machete y piedra por colegio [en línea] disponible en: <http://www.elespectador.com/noticias/nacional/articulo-216066-indigenas-se-enfrentan-machete-y-piedra-colegio>, consultado septiembre 1 de 2011.

Resolución N° 007/2011. [en línea] disponible en: http://www.cric-colombia.org/index.php?option=com_content&view=article&id=531:resolucion-nd-0072011, consultado septiembre 1 de 2011)

Sala de redacción de medellín. (2013 de 06 de 2012). Ocho días completa paro indígena que bloquea vía a Chocó. *el tiempo*.

eje21. (10 de 06 de 2012). Recuperado el 21 de 06 de 2012, de eje21: <http://www.eje21.com.co/nacionales-secciones-53/55889-gobierno-indigenas-acuerdan-levantar-bloqueo-de-la-via-quiribdo-medellin.html>