

# Derecho comparado





---

**JUAN SEBASTIÁN CÁRDENAS LONDOÑO**  
**INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS Y DEMOCRACIA, OEI**  
**[jucardenas.lo@gmail.com](mailto:jucardenas.lo@gmail.com)**

---

# **UNA JURISDICCIÓN INDÍGENA AUTÓNOMA Y EFICAZ COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN REAL A LOS PUEBLOS INDÍGENAS**

## **AN AUTONOMOUS AND EFFECTIVE INDIGENOUS JURISDICTION AS A REAL PROTECTION MECHANISM FOR INDIGENOUS PEOPLES**

Cómo citar el artículo:

---

Cárdenas J, (2022). Derecho Comparado: Una jurisdicción indígena autónoma y eficaz como mecanismo de protección real a los Pueblos Indígenas. *Derecho Global, Estudios sobre Derecho y Justicia*, VIII (21) <https://DOI.org/10.32870/dgedj.v8i22.608> pp. 261-279

Recibido: 05/08/22 Aceptado: 03/09/22

El Banco Mundial señala que los pueblos indígenas son “grupos sociales y

culturales distintos que comparten vínculos ancestrales colectivos con la tierra y los recursos naturales donde viven, ocupan o desde los cuales han sido desplazados”<sup>1</sup>. Por su parte, Amnistía Internacional indica que los pueblos indígenas se reconocen por ser las primeras naciones que habitaban un territorio específico, con el que tienen fuertes lazos, pero además poseen sistemas económicos, políticos y jurídicos propios, y una lengua y usos y costumbres propias, antes de que vinieran otras culturas a imponerse<sup>2</sup>.

Así mismo, en su Convenio No 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, La OIT determina que un pueblo se considera indígena por el “el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales”<sup>3</sup>.

A pesar de que son múltiples las definiciones que se tienen sobre estos grupos poblacionales, se debe resaltar que todos tienen en común que son comunidades que se encontraban asentadas en un territorio específico, con el que comparten un vínculo espiritual y que además poseen costumbres, instituciones políticas, sociales, jurídicas y culturales propias. Características estas que se vieron mermadas o limitadas por la aparición de un sujeto externo que se impuso a través de figuras como la conquista o la colonización.

Han pasado siglos desde que los pueblos originarios de América fueron conquistados o colonizados por la civilización europea, la cual encontró una “mina de oro” al tener a su disposición recursos naturales en cantidades que jamás

---

<sup>1</sup> Banco Mundial. Pueblos indígenas. Abril 14 del 2022. Recuperado de: <https://www.bancomundial.org/es/topic/indigenouspeoples#1>

<sup>2</sup> Amnistía Internacional. Pueblos indígenas. 2022. Recuperado de: <https://www.amnesty.org/es/what-we-do/indigenous-peoples>.

<sup>3</sup> Organización Internacional del Trabajo Oficina Regional para América Latina y el Caribe. Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. OIT/Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2014. 130 p.

imaginaron y teniendo como único obstáculo culturas milenarias que conocían y respetaban la importancia de la naturaleza y el trabajo en comunidad.

Se podrían escribir un sinfín de páginas que permitirían relatar múltiples situaciones que, desde un análisis basado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sin duda alguna vulneraron los Derechos Humanos de dichos pueblos indígenas. Esto, con el propósito de llenar las arcas de sus monarquías europeas y “civilizar” a aquellos “salvajes” que encontraron en las tierras conquistadas. Sin embargo, no es el objeto de este escrito continuar hablando del pasado; es oportuno no olvidarlo toda vez que es evidente que ha existido una deuda histórica a la hora de mantener viva la memoria en tanto mecanismo de reparación, al mismo tiempo que es fundamental entender que tanto su presente como su inmediato futuro son los peores enemigos para su preservación.

A pesar de que el 10 de diciembre de 1948 representantes de todas las regiones del mundo se reunieron en París para proclamar la Declaración de los Derechos Humanos, los Pueblos Indígenas siguen siendo una población olvidada a quien pareciera que dichas prerrogativas no le son aplicadas. Aunque esto podría considerarse como el gran triunfo de la humanidad, al reconocer por primera vez los derechos fundamentales que todos los seres humanos tenemos sin importar nuestra raza, idioma, nacionalidad o cualquier otra condición, pareciera que en la práctica se les excluye frente a los derechos que se dicen universales. Un ejemplo de lo anterior es que, de acuerdo a Amnistía Internacional<sup>4</sup>, el 15% de la población mundial que vive en extrema pobreza, pertenece a algún pueblo indígena, convirtiéndose además en la población con los índices más altos en desnutrición, ausencia de tierras y desplazamiento de sus territorios ancestrales.

Además de estas vulneraciones, encontramos que la discriminación que sufren

---

4 Amnistía Internacional. Pueblos indígenas. 2022. Recuperado de: <https://www.amnesty.org/es/what-we-do/indigenous-peoples>

a diario sigue siendo su peor enemigo, a lo que se le suma la falta de presencia del Estado en sus territorios y la ausencia de políticas públicas que les garanticen el goce efectivo de sus derechos, respetándoles el enfoque diferencial que se convierte en un elemento indispensable para la preservación de sus costumbres.

La población indígena se convierte entonces en una población vulnerable que necesita de una especial protección por parte de los Estados para poder sobrevivir en el mundo actual donde el individualismo y el materialismo priman sobre el bienestar de la comunidad y el cuidado de la naturaleza.

Esta situación ha sido reconocida por todos los Estados, especialmente por aquellos que poseen pueblos indígenas en sus territorios, lo que ha llevado a la estructuración de Convenciones e instrumentos jurídicos internacionales de Derechos Humanos. Dos grandes ejemplos son el Convenio 169 de la OIT “Sobre Pueblos Indígenas y Tribales” y la Declaración sobre los Pueblos Indígenas de la ONU. En estos instrumentos, los diferentes Estados parte se han comprometido a salvaguardar, no solo la existencia de los pueblos originarios, sino además enfatizar la importancia de preservar y fortalecer sus propias instituciones, culturas y tradiciones.

Es la necesidad del fortalecimiento de las instituciones jurídicas propias de los pueblos indígena la premisa con la cual iniciará este artículo. Posteriormente, buscará dar a entender la importancia de garantizar una jurisdicción indígena real y efectiva para la supervivencia de los pueblos indígenas en México y culminar con una comparación normativa con lo dispuesto por el Estado colombiano, especialmente por las sentencias de la Corte Constitucional de este país.

## **JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA**

Para comenzar, es esencial exponer el derecho de los pueblos indígenas a tener una jurisdicción propia, entendida como la facultad, legalmente contemplada, de que las autoridades de los pueblos indígenas puedan resolver conflictos al

interior de sus colectividades de acuerdo con sus propios procedimientos, usos y costumbres.

El Convenio 169<sup>5</sup> de la OIT señala que los pueblos indígenas no solo gozan de todos los derechos que le han sido reconocidos a la población en general, sino que además tienen derecho a conservar las tradiciones e instituciones propias, siempre y cuando estas sean compatibles con los Derechos Humanos y el sistema normativo del Estado y se señala que es responsabilidad del Estado asegurar que esto suceda.

De acuerdo a lo anterior, los Estados deben respetar la Jurisdicción Indígena y los métodos que dichos pueblos utilizan para reprimir a aquellos miembros de la comunidad que dentro de su marco normativo cometieren un delito. Además, el mismo Convenio indica que en caso de que a un miembro del pueblo indígena le sea impuesta una sanción penal por parte de la jurisdicción ordinaria del Estado, debe el tribunal competente tener en cuenta las costumbres propias del individuo de acuerdo al pueblo indígena al que pertenezca, así como su situación económica y social. Deberá además buscar sanciones que eviten una afectación grave a su cultura y proporcionarle las medidas adecuadas para que sus derechos sean realmente garantizados (ejemplo: intérprete)<sup>6</sup>.

De acuerdo a los anterior, se ha entendido y aceptado que su jurisdicción existía mucho antes de que fueran colonizados y les fuera impuesto el sistema jurídico del imperio que se establecía en sus territorios. Dicha jurisdicción se basa entonces en leyes consuetudinarias que respondían a la cosmovisión propia de

---

<sup>5</sup> Convenio 169 de la OIT, Artículo 9 1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. 2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

<sup>6</sup> *Derecho propio*. Universidad del Rosario, Recuperado de: <http://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/catedra- viva-intercultural/Documentos/Derecho-propio.pdf>

cada uno de éstos, y de esta manera cada pueblo o etnia exteriorizaba su derecho a la autodeterminación<sup>7</sup>. Por ello, hacer caso omiso de esta realidad e ignorar la existencia de una pluralidad jurídica en Estados en donde existen poblaciones originarias, podría considerarse como una vulneración clara a sus derechos fundamentales.

Esta necesidad fue entendida por muchos países de Latinoamérica, los cuales además de hacer parte de Convenios como el de la OIT, para proteger a las comunidades indígenas que habitan en sus territorios, reformaron sus constituciones políticas para integrar dentro de ellas preceptos que les garantizarían el goce efectivo de sus derechos bajo la premisa del reconocimiento de sus usos y costumbres y de esta manera proteger de manera efectiva su supervivencia.

Uno de los Estados que se dio cuenta de la importancia de proteger a esa población tan vulnerable fueron los Estados Unidos de México. De acuerdo a la organización IWGIA *“En México habitan 68 pueblos indígenas, cada uno hablante de una lengua originaria propia, que juntas reúnen 364 variantes. Según el Censo 2020, el 6.1 % de la población de tres años en adelante se registró como hablante de alguna lengua indígena, lo que representa alrededor de 7.36 millones de personas”*<sup>8</sup>, cifra que lo convierte en el país con mayor población indígena en el continente americano.

México sería entonces uno de los países que haría parte de este importante acuerdo de Derechos Humanos que tiene como objetivo mantener y fortalecer los pueblos indígenas a partir de la protección de sus culturas, formas de vida y consolidación de las instituciones propias.

---

<sup>7</sup> T.COLACO, El Reconocimiento Constitucional del Derecho y la Jurisdicción Indígena como Afirmación de la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas, *Alegatos* Vol. 87 (2014), p.242.

<sup>8</sup> IWGIA. El Mundo Indígena 2020: México. 25 mayo del 2020. Recuperado de: <https://www.iwgia.org/es/mexico/3745-mi-2020-mexico.html>

Ahora bien, además de la ratificación del nombrado Convenio de Derechos Humanos, el gobierno mexicano el 14 de agosto del 2021 decide aprobar el Decreto por medio del cual se reforma la constitución nacional, al adicionar un segundo y tercer párrafo a su primer artículo, modificar el segundo artículo, derogar el primer párrafo del artículo cuarto, adicionar un párrafo al acápite tres del artículo 18 y finalmente incluye un párrafo al artículo 115.

Con esta reforma, se buscaba reconocer el carácter pluricultural y multicultural del Estado, intentando reivindicar aquellos derechos de los pueblos indígenas que aún después de la época colonial continuaban siendo vulnerados por los mismos Estados. Esto, toda vez que no solo eran víctimas de discriminación evidente por parte de la población mayoritaria dentro de la sociedad, sino también por los mismos gobiernos de turno que los consideraban como aquella población que necesitaba de su tutela para subsistir, por lo que las políticas frente a los pueblos indígenas no iban más allá de su cuidado, sin permitirles participar dentro de la formulación de las mismas, ni respetar sus usos y costumbres.

Se pretendió entonces salir de ese colonialismo jurídico impuesto hace siglos, para aceptar que en Latinoamérica existen culturas jurídicas distintas a las establecidas en los Estados, con las que se debe coexistir, respetar y buscar su coordinación para que realmente se pueda hablar de un goce efectivo de los derechos de los pueblos originarios. Sin embargo, y a pesar de los grandes esfuerzos del gobierno mexicano, continua en el ambiente una preocupación de brindarle a la jurisdicción indígena la autonomía real y eficaz, continuando con la premisa de que a pesar de que se reconozca una justicia indígena, esta sigue supeditada a lo dispuesto por la justicia estatal.

Cabe aclarar que el fin de este escrito no es criticar el desarrollo que se le ha dado a lo dispuesto por la Constitución Mexicana respecto a la jurisdicción indígena; lo que se pretende es recoger un poco de lo dispuesto en la legislación colombiana respecto al tema, pero más que esto, la interpretación que la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y la propia Fiscalía General de la Nación, le han

dado y han aplicado para salvaguardar el derecho de la población indígena de este país a tener una jurisdicción propia y autónoma.

Ester Sánchez Botero<sup>9</sup> resume claramente cuál fue el impacto que tuvo la Constitución Política de Colombia de 1991 en la estructura jurisdiccional del país, al cambiar una estructura institucional altamente excluyente por un poder jurisdiccional que aplicaba los principios de multiculturalidad y pluriétnicidad, cumpliendo con ello con uno de los deseos de los constituyentes quienes buscaban brindarle a esa minoría, hasta la fecha ignorada y maltratada, la posibilidad de preservar su derecho propio, reconociendo un pluralismo jurídico en donde su jurisdicción participaría como igual sin más limitación que los derechos humanos y las normas constitucionales.

Desarrollar el multiculturalismo y el pluralismo jurídico, no es por sí mismo lo importante de lo establecido en 1991 por la Asamblea Nacional Constituyente colombiana, porque estos términos ya se habían desarrollado antes de su expedición. Lo importante es que, al considerarse como principios propios de la Carta Magna, estos deben ser aplicados en todos los ámbitos del Estado y, respecto al tema que nos concierne, por los diferentes operadores jurídicos en Colombia. Por otra parte, en lo que se refiere a su aplicación, se reconoce la existencia de otros sujetos de derecho, por lo que el ordenamiento jurídico colombiano no limitará su desarrollo en los derechos y obligaciones de las personas naturales y jurídicas, sino que tendrá en cuenta la existencia de otros sujetos de derecho como lo son las comunidades étnicas, algunos hábitats (como es el caso del Río Atrato, el cual la Corte Constitucional Colombiana en sentencia T-622 de 2016 lo reconoció como sujeto de derechos), generaciones futuras, entre otras.

No ha sido un proceso fácil porque, a pesar de que como se mencionó

---

<sup>9</sup> Esther Sánchez Botero. Derechos Propios, Ejercicio Legal de la Jurisdicción Especial Indígena en Colombia. Revista IDDH. Editado por el Instituto de Estudios del Ministerio Público. 2005.

previamente, ya existían avances normativos frente al reconocimiento de una jurisdicción propia de los pueblos indígenas. Hasta 1991, el Estado colombiano manejaba un monismo jurídico en el que las imposiciones de las leyes estatales generaron grandes cicatrices en las diferentes culturas indígenas. El efecto fue tal que, si estos pueblos no hubieran ejercido sus normatividades a escondidas, podían haber desaparecido. Fue su resistencia expresada en lo jurídico lo que les permitió resolver conflictos internos que no lograba solucionar la ley del Estado colombiano.

La aplicación de un derecho estatal que no tenía en cuenta la diversidad de estas comunidades, pudo ser la estocada final de muchas culturas precolombinas, pero el sentir de supervivencia primó por sobre la hegemonía que el Estado buscaba imponer para salvaguardar esa unidad que predicaba en su constitución. Como se dijo previamente, la Asamblea Constituyente, de la que hicieron parte 3 representantes de las comunidades indígenas, buscó generar un Estado garantista e incluyente, reconociendo las diferencias basadas en la historia que configuró y construyó a la nación colombiana, exaltando las prerrogativas de aquellas poblaciones que durante tanto tiempo fueron excluidos por su raza, antepasados, entre otros factores, y buscando la manera de reparar el daño histórico que les fue causado, no solo bajo la premisa del reconocimiento constitucional de la multiculturalidad, sino bajo el establecimiento de herramientas reales y efectivas que les permitan defender y mantener sus usos y costumbres, pero además creando instituciones que salvaguarden los derechos de las comunidades negras e indígenas que se encuentran en el territorio colombiano.

Son estas instituciones las que, desde hace 21 años, a través de sus decisiones han permitido que lo dispuesto en la constitución de 1991 no se quede en el papel. Y esta no ha sido una tarea fácil debido a los múltiples conflictos que implica tener más de un ordenamiento jurídico, aunado a la importancia que se le da a la protección de los derechos indígenas y la limitante que la misma carta impone, como lo es, el cumplimiento de los preceptos constitucionales y el respeto a los

derechos humanos, lo que genera un ejercicio de ponderación de derechos no fácil de resolver.

Sin embargo, este arduo trabajo ha permitido la creación de una línea jurisprudencial importante no solo para los sujetos de derecho involucrados en las sentencias, sino también precedentes judiciales, que como dice Diego López, “sirve como regla de conducta y estándar de crítica a la actividad de los jueces, funcionarios y litigantes interesados en aplicar el derecho jurisprudencial a casos futuros”<sup>10</sup>.

Para vislumbrar de mejor manera esta situación, se revisará de manera preliminar una sentencia de la Corte Constitucional colombiana, en la cual se trata el castigo físico que utilizan algunas comunidades indígenas colombianas para sancionar a aquel integrante de la comunidad que configura algún tipo de conducta antijurídica enfrentado a la prohibición del castigo físico como mecanismo sancionador, corrector o disciplinario, esto en dirección directa a la protección de los derechos humanos.

En la Sentencia T-523-97, la Corte Constitucional colombiana se ve enfrentada a resolver los problemas jurídicos que se generaron a raíz de la decisión tomada por los Cabildos Indígenas del Norte del Cauca, por medio de la cual determinaron la culpabilidad del Sr. Francisco Gembuel Pachene, por haber propiciado el asesinato de quien se desempeñaba como Alcalde Municipal de Jambaló, Cauca y le impusieron como sanción un castigo físico (60 fuetazos) y la pérdida del derecho a elegir y ser elegido para cargos públicos y comunitarios.

El pueblo Paez (Nasa) representa el 13% de la población indígena en Colombia, y se encuentra ubicada mayoritariamente en el Departamento del Cauca, en la región de Tierradentro. De acuerdo al Censo Nacional de Población y Vivienda realizado en el 2018, su población correspondía aproximadamente a 500 mil

---

<sup>10</sup> Diego Eduardo López Medina. EL DERECHO DE LOS JUECES Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial. Legis.

habitantes que se reconocían como Paeces.

La comunidad Paez, es un pueblo tradicionalista, que ama su territorio y que desde los tiempos de la conquista ha luchado por mantenerse unida bajo el techo de sus costumbres y la preservación de su cosmovisión. Ni los españoles hace cientos de años, ni el constante contacto con culturas externas con el que han tenido que convivir hasta la fecha, han logrado diezmar con sus creencias, las cuales penetran en el orden político, social y económico de la comunidad.

El ordenamiento jurídico de este pueblo indígena se basa en sus leyes de origen y es bajo estos preceptos que se administra justicia. Este procedimiento se realiza ante toda la comunidad, ya que para ellos la comunidad debe saberlo todo. Por lo que, cuando se genera un problema debe el afectado, sus familiares o el segmento social al que pertenece el afectado, acercarse al Gobernador del Cabildo, como autoridad política, para que investigue la situación demandada. Una vez el Gobernador del Cabildo conoce de la situación, designa una comisión conformada por personas que poseen prestigio en la comunidad, quienes se encargarán de investigar. Culminada la etapa de investigación, la comisión investigadora le presenta un informe al Cabildo y si este luego de analizar lo que le fue presentado, considera que existe una falta, cita a Asamblea General, que, como máxima autoridad, toma una decisión y si a ello hubiere lugar, establece las medidas sancionatorias respectivas. No existe segunda instancia en este proceso interno.

En el caso en estudio, el miembro interpone acción de tutela en contra del Gobernador del Cabildo Indígena de Jambaló y contra el Presidente de la Asociación de los Cabildos Indígenas del Norte del Cauca, en la que señala que las autoridades indígenas dentro de la investigación que realizaron no tuvieron en cuenta la publicación en un periódico local en la que un grupo armado ilegal aceptaba ser el autor material del asesinato del Alcalde de Jambaló. De igual manera, indica que sus derechos a la vida, la igualdad y al debido proceso, están siendo vulnerados, en la medida en la que no se le permitió contar con un

abogado; las pruebas obtenidas se mantuvieron en secreto por lo que no le fue posible controvertirlas; la comunidad indígena no es la competente para juzgar la conducta por la cual estaba siendo juzgado y finalmente denuncia que las personas que realizaron la investigación eran sus adversarios políticos, por lo que la decisión se podía tachar de arbitraria.

La tutela presentada por el sr. Francisco Gembuel Pachene, como indígena páez, es conocido en primera instancia por el Juzgado Penal de Santander de Quilichao, el cual consideró que al tutelante se le habían violado sus derechos a la defensa y que las sanciones impuestas ponían en riesgo sus derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal. Por lo cual ordenó dejar sin efectos el acta por medio de la cual se decretaba la decisión de las autoridades indígenas y reabrir el proceso de investigación, garantizando los derechos al debido proceso y la defensa, antes de fallar nuevamente. Fallo que confirmaría el Juzgado Segundo Penal del circuito de Santander de Quilichao como segunda instancia.

La Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional entra entonces a resolver principalmente dos problemas jurídicos:

1. Se vulneró el derecho al debido proceso
2. Las decisiones adoptadas por las autoridades indígenas sobrepasan las facultades otorgadas por la Constitución Política de Colombia de 1991 a la jurisdicción indígena.

Para dar respuesta a la primera premisa, la corporación constitucional pide el concepto de Esther Sánchez, antropóloga, quien tal como se indicó en párrafos anteriores, la cultura Paéz posee un “tejido históricamente configurado”, que les ha permitido conservar su identidad cultural y recuperar sus instituciones sociales, políticas y jurídicas.

Entendiendo a la Corte, la explicación antropológica de la cultura Paéz, pasa a

analizar si el procedimiento adelantado contra el tutelante le garantizaba su derecho fundamental al debido proceso. Para esto se permite, en primera medida, analizar la competencia de la jurisdicción indígena para conocer de este tipo de procesos, por lo que hace uso de una decisión que la misma corporación previamente tomó para solucionar este tipo de conflicto, en la que establece que, para determinar la competencia, se deben analizar dos elementos: las características del sujeto y el lugar donde ocurrieron los hechos. Lo anterior es importante ya que *“la solución puede variar si la acción típica es cometida por miembros de pueblos indígenas dentro de su territorio, o si un indígena de manera individual incurre en ella afectando a quien no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo. En el primer caso, en virtud de consideraciones territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional; pero en el segundo, el juez puede enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad...”*<sup>11</sup>.

En este caso, se establece que el tutelante pertenece a la comunidad indígena Paéz y que el delito fue cometido dentro del resguardo. En este punto, es importante resaltar la advertencia que hace la corporación respecto a la posibilidad que tiene cualquier indígena, como ciudadano en pleno uso de sus facultades y derechos, de renunciar a pertenecer a la comunidad indígena a la que pertenece, pero este derecho no puede ser empañado por la intención de evadir la responsabilidad frente a las autoridades.

Definida entonces la competencia de las autoridades propias, pasa la Corte Constitucional a analizar si al sr. Gembuel se le vulneró su derecho al debido proceso, para luego ponderar si el castigo del fuste y el destierro afectan el goce efectivo de los preceptos a la vida, integridad física o cualquier otro derecho reconocido por la Constitución Política de Colombia.

Reconoce la Corte en esta sentencia, que uno de los límites que tiene la

---

<sup>11</sup> Corte Constitucional. Sentencia T- 496 de 1996

jurisdicción indígena es el derecho fundamental al debido proceso, entendido por la jurisprudencia constitucional como *“el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia”*.

Por esta razón, deben las comunidades garantizar el goce efectivo de este derecho dentro de los procedimientos internos de impartición de justicia que se realicen dentro del marco de su jurisdicción, pero también es esencial entender que como en reiteradas oportunidades se ha señalado, con lo dispuesto constitucionalmente frente a uno de sus fines principales como lo es el reconocimiento y protección a la diversidad étnica y cultural, las actuaciones de las diferentes instituciones estatales deben propender por lograr una maximización de la autonomía de las comunidades indígenas, por lo que el cumplimiento del derecho al debido proceso dentro de una actuación judicial en el marco de la jurisdicción indígena debe ser analizado dentro de su contexto propio y, entendiendo el dinamismo que al igual que todos los sistemas jurídicos existentes, este tiene a través del tiempo.

De acuerdo a lo anterior, en lo que concierne al caso en estudio, la Corte señala que al tutelante le fue garantizado su derecho al debido proceso, toda vez que se le permitió ser asistido por un defensor, siempre y cuando este fuera miembro activo de la comunidad y segundo porque se le permitió rendir descargos, oportunidad que rechazó.

En este punto, también se resalta la posición de la Corte respecto al derecho de la defensa, ya que entiende que, a pesar de que el acusado no se le permitió ser defendido por un abogado, las autoridades sí le dieron la posibilidad de ser representado por un miembro activo de la comunidad, tal y como lo determina la normatividad interna de la comunidad, priorizando con esto la cosmovisión propia de la comunidad y con ello cumpliendo con el “núcleo duro” del Derecho

a la Autonomía de los pueblos indígenas.

Resultado este problema, continua la sentencia, refiriéndose a la tensión que se genera con la aplicación de las sanciones del castigo físico, fuese, y el destierro. En lo que respecta la sanción del fuese, la Corte comienza indicando la diferencia entre lo que la sociedad mayoritaria y el pueblo Paéz, entienden por castigo. La primera, castiga toda vez que se cometió un delito mientras la segunda lo hace para restablecer el orden natural y como mecanismo de disuasión en la comunidad para que no se cometan estas conductas reprochables en un futuro. En este mismo sentido, la sociedad mayoritaria considera que las sanciones físicas para castigar, atentan contra la dignidad del individuo, mientras para el pueblo Paéz, el fuese le permite al miembro sancionado, liberarse de su culpa y purificarlo.

Es complejo saber qué posición es la correcta, pero teniendo en cuenta que Colombia se reconoce como un Estado pluralista, se entiende que por el hecho de que una posición sea compartida por una porción mayoritaria de la población, esto no significa que esta tenga que ser impuesta y menos cuando ello signifique que las tradiciones y costumbres de un grupo poblacional constitucionalmente protegido, se van a ver afectadas.

Por esto, entiende la Corte que no debe ser la posición de la mayoría la que argumente si la imposición de un castigo físico como el fuese es aceptable o no, sino que debe analizarse a partir de si realmente el derecho a la vida se está vulnerando o si se está incumpliendo con el precepto constitucional de prohibir la tortura.

Para hacer este análisis, la Corte Constitucional hace uso de la definición dada por la Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes<sup>12</sup> y toma una decisión del Tribunal Europeo, caso “Tyrer”, como ejemplo.

En lo que respecta a lo plasmado en la Convención, indica la corporación, que

---

<sup>12</sup> Aprobada por Colombia mediante la ley 78 del 15 de diciembre de 1986

el fin de prohibir la tortura es salvaguardar los derechos a la integridad y a la dignidad de la persona. Sin embargo, enfatiza que no todos los castigos físicos se configuran en torturas y esto, de acuerdo a la jurisprudencia creada por la Corte Europea de los Derechos Humanos, depende de la gravedad y la crueldad con la que se practique el castigo. Para medir ese grado de crueldad, el Tribunal Europeo analiza el caso bajo las premisas de la duración del castigo, los efectos que puede tener este en la integridad física y moral del condenado, esto a la luz de su sexo, edad, estado de salud entre otros factores determinantes en la vida del sancionado.

Por lo tanto, cada situación debe analizarse de acuerdo a las circunstancias propias del sancionado y respecto a la intensidad de la sanción física y las consecuencias que esta pueda generar en el individuo, como sucedió en el caso “Tyrer”, en el cual la Corte Europea de Derechos Humanos consideró que a pesar de que sancionar a un joven a tres golpes con una “vara de abedul” no podía considerarse como una tortura o trato inhumano. No obstante, sí se podía tachar de degradante toda vez que el castigo se le propinaba delante de otras personas y además implicaba que el menor tuviera que bajarse los pantalones y su ropa interior.

En el caso del Sr. Gembuel, indica la Corte Constitucional Colombiana, la sanción impartida por las autoridades parece no solo no le vulnera los derechos a la vida e integridad, toda vez que el nivel de gravedad del fuste es mínimo<sup>13</sup>, sino que además no se puede considerar como denigrante, ya que esta es una práctica normal dentro de la comunidad Paéz, que a diferencia del caso anterior, en el cual el castigo se impone dentro del marco de una sociedad que se basa en los preceptos occidentales, lo que busca es purificar al individuo y retornar la armonía a la comunidad, la cual se vio afectada por la conducta irregular cometida por el condenado.

Frente a la sanción del destierro, la interpretación de la norma se dirige a que la

---

<sup>13</sup> Los azotes con el fuste, le son aplicados en la pantorrilla del individuo, estando este de pie y completamente vestido, lo que disminuye en grandes proporciones la sensación de dolor que puede llegar a sentir.

prohibición establecida en el artículo 38 de la Constitución Política de Colombia, refiere a la expulsión de un nacional del territorio como sanción punitiva, respaldada en el Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles y la Convención Americana de Derechos Humanos, en sus artículos 12 y 5, respectivamente.

Teniendo en cuenta que en el caso en el que un a comunidad indígena decida expulsar a uno de sus miembros de la comunidad, esta sanción no puede considerarse como destierro, ya que la pena se restringe al territorio que compone a su resguardo, mas no del territorio nacional. Por lo tanto, la sanción del destierro puede ser aplicada dentro de la jurisdicción indígena.

Como se puede ver con esta sentencia, la Corte Constitucional colombiana, se convierte en la ficha clave para hacer efectivas esos principios de multiculturalidad que permea la Carta Magna colombiana. Así pues, sin llegar a afectar la unidad nacional, permite que se desarrolle un ordenamiento legal multicultural, con lo que se fortalecen las tradiciones propias de los pueblos indígenas, tan afectadas por la hegemonía de la sociedad occidental.

Como esta decisión, son múltiples las sentencias en las que los magistrados constitucionales analizan de fondo cada una de esas situaciones de conflictos multiculturales, en las que las practicas propias de la jurisdicción indígena van en contravía de la perspectiva de la sociedad mayoritaria. Decisiones que entienden y defienden la intención de la Constitución Política de 1991 de convertir a Colombia en un Estado Social de Derecho, multicultural y pluriétnico, en donde la comunidad toma el papel de sujeto de derecho, para lo cual deben las diferentes instituciones ejecutar acciones afirmativas que garanticen no solo la supervivencia de los pueblos indígenas, sino que aseguren que sus tradiciones y costumbres van a sobrevivir también, y uno de las premisas fundamentales para tal fin es que ese pluralismo jurídico sea efectivo a través de un reconocimiento real dentro de la rama judicial colombiana.

La Corte Constitucional colombiana, como institución creada por la Constitución de 1991 con el fin de salvaguardar su integridad y supremacía, se convierte entonces en un referente para los demás países en lo que respecta a las decisiones que defienden la diversidad cultural por medio de la maximización de la autonomía de los pueblos indígenas.

Esto no significa que las autoridades propias, amparándose en el derecho a poseer una jurisdicción indígena fortalecida por la jurisprudencia, en especial de la Corte Constitucional, estén por encima de la Constitución, y puedan con sus decisiones vulnerar los derechos fundamentales de un individuo o atentar contra la soberanía del país, excusándose en sus tradiciones. Todas las decisiones que tomen las autoridades propias, deben estar dentro del marco del respeto de la normatividad constitucional y de los tratados internacionales de Derechos Humanos. Pero teniendo en cuenta que estos preceptos de derecho se crearon a partir de una mirada moderna y occidental, y que la intención del constituyente fue preservar a las comunidades junto con sus costumbres, las acciones que se tomen dentro de las comunidades, solo se verán limitadas si vulneran el núcleo duro del derecho y es en este punto en el que las Cortes toman un papel esencial.

Sin embargo, y a pesar del empeño del Estado Colombiano por respetar la autonomía de los pueblos indígenas, en este caso, a través del fortalecimiento de la jurisdicción indígena, es cierto que al igual que como sucede en México y otros países con una población originaria importante, los derechos propios de las comunidades ancestrales siguen estando supeditadas por la jerarquía de la jurisdicción ordinaria y esto en parte se debe a la falta de una ley de coordinación entre las jurisdicciones que hoy coexisten. Se requiere entonces una ley que contenga los resultados de un dialogo intercultural adecuado, que incluya, dentro de la creación normativa, una interpretación más amplia y no una única mirada cultural que, en últimas, se base en el bienestar de la mayoría.

## REFERENCIAS

- Rosember Ariza Santamaría. Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena Colombia / Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, C.R. : IIDH, 2010.
- Juan Manuel Ortega Maldonado, Nancy Jazmín Pérez Ramírez. Los desafíos del derecho indígena en México. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 2022.
- Claudia Salvador Ángel. La jurisdicción especial indígena. El Sol de Tlaxcala. 09 de diciembre de 2021. Recuperado de: <https://www.tetlax.org.mx/articulos-analisis-tet-2021-039/>
- María Teresa Sierra. Derecho indígena y acceso a la justicia en México: Perspectivas desde la interlegalidad. Revista IIDH. 2005
- Cindy Nathaly Amaya Moreno. Diversidad étnica y cultural versus jurisdicción indígena. Derecho y Realidad Núm. 15. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC. I semestre de 2010.
- Esther Sánchez Botero. Reflexiones en torno de la jurisdicción especial indígena en Colombia. Revista IDDH. Volumen 41. 2005
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T- 496 de 1996.