

La jurisdicción especial indígena en Colombia: uso alternativo del derecho o pluralismo jurídico?

*Indian special jurisdiction in Colombia: alternative
use of law or pluralism?*

Lilia Fernanda Benavides Burbano*

Resumen

A pesar de que las bases filosóficas de la teoría crítica del derecho tienen más de un siglo, en los últimos años se han presentado diferentes polémicas con respecto a las teorías, que en general presentan características comunes, pero a la vez crean confusiones. Este escrito expone la jurisdicción especial indígena de Colombia que, por sus postulados, como se explica en el desarrollo de este documento, podría configurarse como un uso alternativo del derecho, pero para el autor, es un típico ejemplo de pluralismo jurídico.

Palabras clave

Derecho, teorías, jurisdicción indígena, uso alternativo del derecho, pluralismo jurídico.

* Docente de la Universidad de Nariño. Además, estudiante de Doctorado de la Universidad Carlos III Madrid-España. Correo electrónico: Fernandabena@gmail.com

Abstract

Although the philosophical foundations of critical theory of law have more than a century, in recent years there have been various controversies regarding theories, which generally have common features, but also create confusion. This paper presents the special indigenous jurisdiction of Colombia that, by its principles, as it is explained in the development of this document, could be configured as an alternative use of the law, but for the author, it is a typical example of legal pluralism.

Key words

Law, theories, Indian jurisdiction, alternative use of law, legal pluralism.

Pluralismo jurídico

Aunque no existe una opinión unánime sobre la definición de pluralismo jurídico, a continuación se presentan dos conceptos que creemos son los más completos. Para Correas, el pluralismo jurídico es “el fenómeno de la coexistencia de normas que reclaman obediencia en un mismo territorio y que pertenecen a sistemas normativos distintos” (2003).

Para Borillo “el pluralismo jurídico implica la aceptación de que varios órdenes jurídicos pueden convivir en un mismo espacio y tiempo, negando la exclusividad estatal en la producción de normas jurídicas” (citado por De la Torre, 2003).

Con lo anterior, es claro que ya no se habla del monismo jurídico al que siempre se hacía referencia. Desde hace un tiempo y ahora con el surgimiento de nuevos derechos, los sistemas normativos entre ellos las constituciones, reconocen abiertamente la pluriculturalidad y el pluralismo jurídico.

Ante estas propuestas, la crítica que se hace es que pese a dicho reconocimiento, algunos autores argumentan que siempre habrá un sistema dominante. Así también lo señala Correas, “en realidad en toda sociedad moderna coexisten numerosos sistemas jurídicos, con diverso grado de hegemonía de cada uno sobre los otros. Lo que sí puede detectarse es la hegemonía de ellos sobre todos los demás” (2003, p. 28). El problema que se presenta ante estas situaciones, es que los operadores jurídicos solo apliquen el orden jurídico tradicional olvidando los otros sistemas jurídicos, o le restan importancia a este nuevo sistema de normas, lo cual nos lleva finalmente a reconocer que existen otros sistemas jurídicos, pero ante los casos prácticos los jueces muchas veces van en contravía de dichas normas o simplemente no las aplican.

Uso alternativo del derecho

El derecho alternativo ha sido definido como un “sistema normativo cuyas normas obligan a producir conductas que, conforme el sistema hegemónico, constituyen delito o formas menores de faltas. Es decir, se trata de normas cuya efectividad constituye delito conforme con las normas del sistema hegemónico” (Correas, 2003, p. 37). Para Antonio de la Torre, “el uso alternativo del derecho es una manifestación del llamado derecho alternativo y tiene que ver directamente con la interpretación jurídica que hacen tanto abogados como jueces en la búsqueda de hacer efectivos los derechos de los más pobres en la sociedad” (2003).

De acuerdo con estas definiciones, Correas plantea el derecho alternativo como un sistema que trata de restarle legitimidad al sistema jurídico estatal, dándole la categoría de delitos a estas nuevas normas y en el segundo concepto no se habla de

un conjunto de normas como tal, sino de una fuente de interpretación del derecho. En conclusión, no se plantea la opción de que exista el sistema jurídico imperante en el Estado y el uso alternativo del derecho simultáneamente, sino que, en nuestra opinión, lo plantean como si fueran excluyentes.

Ahora comentamos el caso colombiano, donde funcionan sin mayores inconvenientes la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena. Aunque en ocasiones encontremos diferencias conceptuales y conflictos valorativos en la aplicación de estos órdenes jurídicos, la labor de la Corte Constitucional en estos casos ha sido muy valiosa, ya que ha sentado diversos precedentes, que resuelven los litigios que se presentan cuando hay una disputa entre estos dos ordenamientos.

Caso colombiano

Los derechos de las comunidades indígenas han sido ampliamente reconocidos y protegidos como sujetos individuales y colectivos por la Constitución de 1991. De igual manera, la Corte Constitucional en numerosas sentencias ha reconocido los derechos culturales, tales como la identidad, el uso de lengua nativa, lugares de reclusión especiales; derechos de autogestión como la jurisdicción indígena y su aplicación preferente sobre la jurisdicción ordinaria para los miembros de la comunidad, los límites a las sanciones que pueden imponer las autoridades indígenas y otra serie de medidas de protección y de derechos.

En el mismo contexto, la Corte Constitucional ha señalado “cuatro elementos centrales de la jurisdicción indígena: 1. La posibilidad de que existan autoridades judiciales propias, 2. La potestad de estas de establecer normas y procedimientos propios, 3. La sujeción de dicha jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y 4. La competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional” (sentencia C-139, 1996).

De igual manera, la jurisdicción constitucional ha señalado que las decisiones de la jurisdicción especial indígena pueden demandarse mediante la acción de tutela, cuando así lo amerite.

Además de la protección constitucional, también se han puesto en marcha políticas públicas que permiten a este colectivo el goce de otros derechos, como la posibilidad de una circunscripción especial indígena en el Senado y Cámara de Representantes, la posibilidad de constituir ETIS (entidades territoriales indígenas) con autonomía administrativa, entre otros.

Para concluir, respondemos a dos interrogantes que nos llevaron a plantear la hipótesis expresada en la introducción. El primero de ellos es: ¿qué pasa cuando se

presenta un conflicto de jurisdicciones? Como se mencionó anteriormente, consideramos que no hay deslegitimación de algún sistema, ni tampoco hay un dominante, simplemente se aplican normas de acuerdo al caso concreto, según la Corte Constitucional: “1 A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía. 2. Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares. 3. Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y las costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural. 4. Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas. Estas premisas fueron consagradas en la sentencia T-254/94 y han servido desde entonces para decidir en casos como éste, en que se cuestiona por la aplicación de derechos fundamentales que se estiman desplazados por los usos y costumbres de una comunidad indígena o por la actuación de sus autoridades” (sentencia T-811, 2004). Es de esta manera, a través de precedentes, que se aplican a un caso concreto, como se resuelve la controversia, y todos los precedentes van encaminados a la protección del grupo, sin vulnerar el sistema jurídico ordinario, solo se trata de garantizar el proceso legal. Si un funcionario actúa sin jurisdicción, se afecta el debido proceso, si no se respeta la jurisdicción, se pone en una situación de indefensión a la persona e impide una defensa adecuada.

El segundo interrogante es si se configura el uso alternativo del derecho. Consideramos que no se configura, ya que las reglas de la jurisdicción especial no son infracciones, ni delitos dentro del sistema ordinario, aunque algunos autores pensarían que sí, pero para ilustrar mejor nuestra respuesta, presentamos los siguientes casos: un miembro de la comunidad indígena Chenche-Amayrco fue condenado por el delito de homicidio en la jurisdicción ordinaria, por lo cual presentó acción de tutela (amparo), solicitando la protección de su derecho al debido proceso y al respeto de la autonomía y la jurisdicción indígena. Por otro lado, la Defensoría del Pueblo interpuso acción de tutela a favor de los derechos de petición y debido proceso de una mujer indígena, quien fue condenada a 64 meses de prisión por tráfico de estupefacientes en la jurisdicción ordinaria, no obstante que la procesada manifestó su calidad de indígena desde el momento de la indagatoria, y que la jurisdicción indígena planteó un conflicto de competencia. La Corte Constitucional acumuló la revisión de estos dos casos y analizó la concurrencia de los criterios personal y territorial para la determinación del derecho de los indígenas a ser juzgados por la jurisdicción especial. En el primer caso, la Corte encontró que como miembro de la comunidad al igual que la víctima de su delito, y que el hecho ocurrió dentro del territorio comunitario, tenía derecho al fuero (“es el derecho del que gozan miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, para ser juzgados por las autoridades indígenas, de acuerdo con sus normas y procedimientos, es decir por un juez diferente del que ordinariamente tiene la

competencia para el efecto y cuya finalidad es el juzgamiento acorde con la organización y modo de vida la comunidad”) (sentencia T-811, 2004). En consecuencia, se tuteló el derecho al debido proceso, tanto del individuo como de la comunidad, y se ordenó el traslado del expediente a la justicia especial indígena. En el segundo caso, si bien se encontró probado el criterio personal, no ocurrió así con el territorial y el juez constitucional concluyó que, por la forma de comisión del ilícito y las pruebas obrantes en el expediente, la indígena conocía la ilicitud de su conducta. Por lo tanto, se negó el amparo y se confirmó la sentencia penal (Sentencia T-728-02).

Finalmente, la jurisdicción especial indígena en Colombia es un caso de pluralismo jurídico exitoso, y lo más importante, protege los derechos fundamentales de un grupo colectivo, sin desconocer la validez y eficacia del ordenamiento jurídico ordinario.

Referencias

- Correas, O. (2003). *Pluralismo jurídico, alternatividad y derecho indígena (ensayos)*. México: Coyoacán.
- Corte Constitucional. (1996). *Sentencia C 139/96*.
- Corte Constitucional. (2002). *Sentencia T 728/02*.
- Corte Constitucional. (2004). *Sentencia T 811/04*.
- De la Torre, A. (2003). *Hermenéutica analógica, justicia y uso alternativo del derecho*. Ponencia presentada en la Universidad Autónoma de Aguascalientes, México.
- Osuna, N. (s.f.). *Los reclamos de las minorías y el constitucionalismo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.