

# Una teoría del reconocimiento en el marco de los conflictos de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la especial indígena

## A theory of recognition in the context of conflicts of jurisdiction between ordinary and special indigenous jurisdiction

*Jeffrey Arcos Troyano*<sup>1</sup>

Fecha de recepción: 2 de febrero de 2024

Fecha de aprobación: 15 de mayo de 2024

### RESUMEN

Las distintas jurisdicciones especiales que existen en Colombia se enfrentan constantemente en conflictos positivos de competencias por el conocimiento de ciertos procesos de interés general. En este trabajo se analizan algunos en materia penal y se plantea una salida interdisciplinaria entre el derecho y la filosofía política.

**Palabras clave:** jurisdicción especial indígena, conflictos de competencias, teorías del reconocimiento.

### ABSTRACT

The different special jurisdictions that exist in Colombia are constantly facing positive competence conflicts for the knowledge of certain processes of general interest. This paper analyses some of them in criminal matters and proposes an interdisciplinary solution between law and political philosophy.

**Keywords:** Special indigenous jurisdiction; Conflicts of jurisdiction; Theories of recognition.

### INTRODUCCIÓN

El presente trabajo parte de un problema importante para el derecho constitucional que *grosso modo* se podría explicar de la siguiente forma: hasta el año 2015, la Constitución Política establecía que el Consejo Superior de la Judicatura debía dirimir

<sup>1</sup> Abogado de la Universidad Santiago de Cali. Magíster en ética y filosofía política de la Universidad del Cauca. Director de la Especialización en Derecho penal de la Universidad Santiago de Cali. Correo electrónico: jotarcos@live.com.

los conflictos de competencia que ocurrieran entre las distintas jurisdicciones.<sup>2</sup> No obstante, el artículo 14 del Acto Legislativo 02 del 2015 transfirió dicha facultad a la Corte Constitucional. Los argumentos presentados por los precursores de esta reforma señalaron que la Corte Constitucional, a través de la acción de tutela, estaba anulando decisiones de otras Altas Cortes. Además, se presentaba con frecuencia una mutua usurpación de funciones entre estas corporaciones judiciales, ocasionando molestias entre ellas y avivando el famoso *choque de trenes*, por lo que la solución para esa bancada legislativa era: “[...] [un] único y máximo tribunal que concentre la suprema jurisdicción sobre lo administrativo, lo ordinario y lo constitucional” (Exposición de motivos al Acto Legislativo 02 del 2015, p. 39).

La creación de un único tribunal jurisdiccional no prosperó en el trámite surtido dentro del constituyente derivado, pero sí se logró que la función de dirimir conflictos de competencia pasara a cargo de la Corte Constitucional.<sup>3</sup> Ahora, es importante anotar desde ya que hasta antes de que la Corte Constitucional pasara a ser quien resolviera los conflictos de competencias entre las jurisdicciones revocó, en varias ocasiones, las sentencias del Consejo Superior de la Judicatura que se dedicaban a estos asuntos de dirimir conflictos de competencia, los cuales se analizarán con detenimiento más adelante.

El propósito es analizar algunos casos (principalmente después del año 2010) en los que se enfrentaba la jurisdicción ordinaria contra la jurisdicción especial indígena, pues se ha encontrado que estas dos jurisdicciones se involucraban reiterativamente en enfrentamientos sobre delitos de hurto, homicidio, delitos sexuales, entre otros y, por regla general, el Consejo Superior de la Judicatura otorgaba la competencia a la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, la jurisdicción especial indígena, insatisfecha con la actuación surtida en el trámite ordinario, acudía a la acción de tutela como mecanismo último para que fuera la Corte Constitucional quien le otorgara la competencia, y esta, en muchas oportunidades, terminó dirimiendo el conflicto conforme al procedimiento indígena, con lo que desestimó la actuación de la jurisdicción ordinaria y se generó un desgaste innecesario del aparato judicial.

Para emprender este análisis, se harán algunas aclaraciones sobre el sistema de fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano, especialmente en la que, a juicio de varios juristas, es la fuente del derecho más relevante hoy día, *el precedente judicial*; se advierte que su importancia es relativamente reciente debido a

2 El numeral sexto del artículo 256 de la Constitución Política le otorgaba aquella función; sin embargo, dicha disposición fue tácitamente derogada por el Acto Legislativo que se cita más adelante.

3 Sin embargo, aquí es importante hacer una aclaración, debido a que el citado acto legislativo que reordenó las funciones de la judicatura estableció un régimen de transición hasta que el Gobierno Nacional presente un proyecto de ley estatutaria que garantice las condiciones propuestas dentro del acto legislativo para que se dé el nuevo régimen de administración judicial que, entre otras cosas, ordenó la creación de la Comisión Nacional Disciplinaria, organismo que a la fecha no ha sido creado o, por lo menos, no cuenta con magistrados que le den funcionamiento. Así lo aclaró la Corte Constitucional en el Auto 278 del 9 de julio de 2015.

que otrora era la ley la fuente más importante de creación de derecho.<sup>4</sup> No obstante, también se dará cuenta que, a raíz de los giros interpretativos del artículo 230 de la Constitución Política por parte de la Corte Constitucional, la jurisprudencia pasó de ser una fuente meramente auxiliar a tener un carácter vinculante y de obligatoria aplicación. Tan obligatorio que la reinterpretación del citado artículo pasó de ser exegética a ser tan extensiva que permeó las fibras del derecho penal, puesto que, por ejemplo, el delito de prevaricato por acción se puede configurar con la omisión de la aplicación del precedente por parte del operador judicial.

No obstante, aquellas transformaciones de interpretación jurídica no han tenido buen recibo en todas las instituciones del Estado y han generado malestar y lucha de poderes que encuentran en la acción de tutela el punto de partida de un aparente despotismo judicial auspiciado principalmente por la Corte Constitucional. Así, este tipo de acción constitucional será examinada a partir de dos preguntas fundamentales: ¿es posible limitar el plazo para interponerla? y ¿cuáles son los argumentos de la Corte Suprema de Justicia para desestimar su procedencia contra sentencias de casación? El objetivo será hacer los respectivos balances sobre la procedibilidad cuando se pretende revocar sentencias judiciales, debido a que, como ya se ha advertido, el reconocimiento de la jurisdicción especial indígena se adquirirá a través de la acción de tutela cuando el Consejo Superior de la Judicatura ya había determinado que la competencia sería de la jurisdicción ordinaria.

Una vez se explique la procedencia excepcional de la acción de tutela en la revocatoria de sentencias judiciales como mecanismo último para adquirir el reconocimiento del fuero indígena, se presentará un *algoritmo procedimental* que servirá para ilustrar el recorrido de los casos que más adelante se examinarán dentro de la primera sección de este artículo. Este algoritmo procedimental tiene el objeto, por una parte, de describir de manera simple y organizada la ruta judicial desplegada en la jurisdicción ordinaria desde que se activa el conflicto positivo de competencias que será resuelto por el Consejo Superior de la Judicatura, pasando por el proceso que también se surte ante el juez constitucional y que finalmente llega a revisión ante la Corte Constitucional, que será la que tenga la última palabra sobre la suerte del caso; y por otra parte, su finalidad es reducir explicaciones procedimentales en cada uno de los exámenes jurisprudenciales que se realicen de cada caso concreto, obteniendo un mayor provecho de los elementos filosóficos implícitos en las sentencias que traen a este trabajo de investigación.

Posterior a la explicación procedimental sobre la estructura de las sentencias, se realizará una síntesis de la configuración que, a través de la jurisprudencia constitucional, se le ha dado al derecho a la jurisdicción especial indígena, pues

4 Ese carácter vinculante y obligatorio no se dio en los últimos años, sino a partir del robustecimiento de la doctrina jurisprudencial de la naciente Corte Constitucional, que casi desde su fundación en 1992 allanó el camino a la transformación de las fuentes de derecho. Así que la *relativamente reciente* importancia puede ser una referencia temporal bastante generosa, dependiendo de diferentes perspectivas.

este derecho que ha sido elevado a la categoría de *fundamental* tiene una serie de elementos que se deben cumplir para su efectiva estructuración y unos principios orientadores creados por la Corte Constitucional que deben ser aplicados por los jueces a fin de otorgar una garantía real de reconocimiento del fuero especial indígena cuando se active el conflicto de competencias jurisdiccional.

La dicotomía en la que se ve envuelta la Corte Constitucional para resolver los conflictos positivos de competencia, sobre si debe devolver el expediente al Consejo Superior de la Judicatura para que corrija su decisión o si debe tomar la decisión ella misma, aun sabiendo (para esos momentos) que no era una de sus funciones constitucionalmente asignadas, es la antesala al análisis de los casos concretos que se encontrará el lector en la siguiente sección del primer subcapítulo. Este aspecto es clave para comprender el núcleo del problema de investigación, pues es la última frontera de las discusiones eminentemente jurídicas sobre las que se da paso a la reflexión filosófico-política que requirió toda esta explicación judicial para encontrar la ruptura perceptiva que tienen las Altas Cortes sobre el reconocimiento de la diferencia en los usos y costumbres indígenas para el tratamiento de los procesos penales.

La estructura de esta sección no se escribe con un rigor técnico propio de los juristas, el estilo pretende ser simple y atractivo a fin de que el interlocutor encuentre en la posición de la Corte los elementos de juicio que luego serán escrutados desde las categorías filosófico-políticas en la sección dos y le permitan darse cuenta de que sí existe una clara teoría del reconocimiento en las posiciones adoptadas por la Corte Constitucional, que son deliberadamente obviadas por las demás Altas Cortes. Por último, se examinarán casos en los que la Corte Constitucional se atribuye la potestad de dirimir los conflictos de competencia, desobedeciendo abiertamente la asignación constitucional de competencias de la época en la que dicha potestad se encontraba a cargo del Consejo Superior de la Judicatura.

Superada la primera sección, que tiene la tarea principal de presentar el contexto del problema de investigación a partir de cada una de las secciones que describieron hasta el párrafo anterior, se dará paso a la segunda sección, que hará tránsito a una propuesta de filosofía política explicativa de los comportamientos adoptados por la Corte Constitucional en este tipo de asuntos.

Uno de los puntos que se pone explícitamente de presente es que no se toma una ruta filosófica jurídica para abordar la teoría que explica el comportamiento de la Corte porque: (i) se queda corta a la hora de dar razones suficientes para justificar la polémica ruta (para la judicatura) adoptada por la Corte; y, (ii) analizaría monocromáticamente un problema de investigación que necesita interdisciplinarietà para encontrar razones de juicio objetivas que emerjan de la academia colombiana y ayuden a la construcción de un país que necesita

reflexionar sobre la importancia de reconocerse como respetuoso de la diferencia que como nación emergente en un constitucionalismo contemporáneo da especial relevancia a categorías políticas como el multiculturalismo, aunque a veces parezca que obedece a un reconocimiento eminentemente formal.

La hipótesis de trabajo es que, pese a que Colombia se declara *un Estado social de derecho*, conserva una fuerte influencia del liberalismo político en la configuración ontológica de sus instituciones estatales, incluyendo, por supuesto, a la Corte Constitucional, que se piensa el reconocimiento de los grupos minoritarios históricamente marginados desde la óptica de la solución liberal que se conoce como *acciones afirmativas*. Así, esta sección se ocupa de justificar filosóficamente el andamiaje emergente de las propuestas para hacerle frente a las demandas de los indígenas que piden reconocimiento de una sociedad occidentalizada, que pretende integrarlos a la concepción filosófica que por antonomasia define al Estado, reconociéndolos en la medida en que tengan una organización institucional semejante (guardando las justas proporciones) al Estado centralista y totalizante de organización vertical, distinguido por el ocultamiento de los asuntos periféricos y por la estandarización de los sistemas penales que los resguardos deben adoptar con tendencias inquisitivas hasta el punto de, por ejemplo, para los cambios de sitio de reclusión, aceptar la obligación de permitir al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) visitas para verificar que un comunero se encuentre efectivamente privado de su libertad, cuando en la cosmovisión indígena de su justicia propia el comunero, más que ser un delincuente, es un enfermo, y no necesariamente para todos los casos la medicina es la cárcel. Esta obligación la establece la misma Corte Constitucional en una de sus sentencias:

De considerarse que puede proceder la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, el juez de control de garantías (para procesos tramitados en vigencia de la Ley 906 de 2004) o el fiscal que tramite el caso (para procesos en vigencia de la Ley 600 de 2000) deberá consultar a la máxima autoridad de su comunidad para determinar si el mismo se compromete a que se cumpla la detención preventiva dentro de su territorio. En ese caso, el juez deberá verificar si la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad. Adicionalmente, dentro de sus competencias constitucionales y legales el Inpec deberá realizar visitas a la comunidad para verificar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad. En caso de que el indígena no se encuentre en el lugar asignado deberá revocarse inmediatamente este beneficio. A falta de infraestructura en el resguardo para cumplir la medida se deberá dar cumplimiento estricto al artículo 29 de la Ley 65 de 1993. (Corte Constitucional, 2013, Sentencia T-921)

[Énfasis propio]

El liberalismo político es central en la estructuración no solo de la hipótesis de trabajo, sino en el direccionamiento de toda esta sección. Es el punto de partida y de llegada en los balances con los que se evalúa el tratamiento de los grupos minoritarios históricamente marginados en el panorama nacional. La propuesta de justicia de John Rawls será esclarecedora para comprender las dinámicas del derecho colombiano; el atomismo, la apatía por los asuntos públicos y la neutralidad valorativa serán los horizontes en los que el liberalismo político clásico ampliará fronteras a fin de responder a las demandas de reconocimiento, y se verá cómo se transforma para permanecer perpetuo en la conciencia de un país que se declara social y de derecho, pero que no tiene la voluntad suficiente para sacar adelante las banderas y compromisos pactados en la Constitución Política de 1991.

## **Jurisdicción especial indígena frente a jurisdicción ordinaria y el desequilibrio de poderes entre el Consejo Superior de la Judicatura y la Corte Constitucional**

Esta sección tiene el propósito de situar al lector en el problema de investigación. El problema, que parece exclusivamente jurídico, tiene unas consecuencias filosófico-políticas importantes debido a que suscita fuertes dinámicas del poder que parecen desdibujar los límites de las funciones que constitucionalmente se han otorgado, haciendo un uso, a veces arriesgado, de la discrecionalidad judicial que termina transformando realidades sociales, como es el caso del reconocimiento de la autonomía jurisdiccional de las comunidades indígenas.

No obstante, antes de emprender la dilucidación filosófica sobre una teoría del reconocimiento en el marco de los conflictos de competencia que se suscitan entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena, hay que poner de presente, precisamente, el contexto judicial.

En el mundo judicial son muy importantes los precedentes jurisdiccionales que profieren las Altas Cortes, pues es completamente legítimo por ser fuente de derecho y hasta obligatorio que los jueces de la república se ciñan a reproducir el mismo razonamiento de las cortes, siempre que se trate de casos análogos, claro está que les es permitido a los operadores judiciales apartarse del precedente siempre que argumenten con razones de juicio y con argumentos de derecho por qué se apartan de la línea trazada por las Altas Cortes, especialmente de la Corte Constitucional.

Esta dinámica que se denomina *la obligatoriedad del precedente* suscita especial relevancia, por ejemplo, en la competencia ordinaria laboral, en la que se han generado múltiples interpretaciones con las que se han aminorado las acciones

afirmativas propuestas por el Código Sustantivo del Trabajo con el principio de favorabilidad laboral establecido en el artículo 53 de la Constitución Política, el cual consiste en la obligación que tiene todo servidor público (especialmente los jueces) de optar por la situación más favorable para el trabajador, en caso de duda en la aplicación de interpretaciones jurídicas. Así, por vía de jurisprudencia, han desaparecido elementos de juicio que se consideraban *presunciones legales* que servían de base para, v. gr., probar una relación de trabajo, como era el caso del cumplimiento de horario; pues, actualmente, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia considera que el horario no es un factor determinante para establecer si hubo subordinación en una relación contractual celebrada con la apariencia de un contrato civil o comercial, en la que en realidad subsistió una encubierta relación de trabajo.

Sin embargo, si bien es cierto que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha endurecido sus posturas en aras de equilibrar las cargas entre las partes dentro de un juicio, también es cierto que, en materia laboral, se han ganado bastantes espacios los trabajadores que se encuentran en estado de debilidad manifiesta pues, en caso de un despido, este se considera inválido y el trabajador afectado podrá, por medio de la acción de tutela, solicitar el reintegro a su lugar de trabajo junto con el pago de los salarios dejados de percibir y una serie de sanciones a cargo del empleador.<sup>5</sup>

Es importante aclarar que la jurisprudencia y el precedente obligatorio no desplazaron las demás fuentes de derecho como la ley o la costumbre, de hecho, deontológicamente colaboran armónicamente. No obstante, hay materias en las que la ley continúa siendo la fuente principal de derecho. Este es el caso del derecho penal, pues las conductas punibles continúan prescritas en el código penal y los procedimientos para investigar, capturar y sancionar a un ciudadano se encuentran expresamente contenidos en el código de procedimiento penal, y tanto la Fiscalía General de la Nación como el juez de control de garantías y de conocimiento deben ser absolutamente respetuosos de las garantías que les asisten a los ciudadanos procesados, so pena de que las actuaciones se anulen por un juez de superior jerarquía o por un juez constitucional.

No obstante, pese a que la ley continúa siendo la fuente más vinculante para el derecho penal, la jurisprudencia también ha hecho lo suyo en esta área debido a que transformó vía interpretación un delito que antes no tenía el alcance que

5 Vale la pena aclarar que el reintegro no opera de manera automática, pues lo que la doctrina constitucional ha creado es una presunción en favor del trabajador, la cual establece que se presume que la desvinculación de un trabajador en estado de debilidad manifiesta se produce con ocasión de su situación de salud. Sin embargo, dicha presunción puede ser desestimada probatoriamente, pues, recientemente, la Corte Constitucional ha aclarado que el fuero de estabilidad laboral reforzada no: “[...] se traduce en que ningún trabajador pueda ser apartado de su cargo, ni es una prohibición para terminar una relación laboral o decidir no prorrogarla” (Corte Constitucional, 2020, sentencia T-102).



posteriormente le dio la Corte Constitucional, este es el prevaricato por omisión del precedente que se estableció en la Sentencia C-335 del 2008. El prevaricato es un delito que requiere un sujeto activo cualificado, es decir, que para que se configure la comisión de este, el infractor debe tener una condición especial, en este caso, debe ser un servidor público; además, el prevaricato tiene dos formas de configuración: por acción (art. 413 del Código Penal) cuando el servidor público profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley; y por omisión (art. 414 del Código Penal), cuando el servidor público omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones. Por su parte la Corte Constitucional advirtió que:

[...] cuando los servidores públicos se apartan de la jurisprudencia sentada por las Altas Cortes en casos en los cuales se presenta una simple subsunción, pueden estar incurso en un delito de prevaricato por acción, no por violar la jurisprudencia, sino la Constitución o la ley directamente. La anterior afirmación se ajusta a los dictados del artículo 230 Superior, según el cual los jueces en sus sentencias están sometidos “al imperio de la ley”. (Corte Constitucional, 2008, Sentencia C-335)

Sin embargo, la extensión interpretativa del delito de *prevaricato* establecida por la Corte Constitucional no ha sido la única que se ha propuesto en materia penal vía jurisprudencia, porque en el caso que ocupa a este trabajo ocurre, como ya se ha advertido, que la Corte Constitucional ampara el derecho a la autonomía jurisdiccional indígena por vía de acción de tutela cuando los procesados penalmente se quedan sin otro recurso o acción por vía ordinaria para buscar el amparo de su derecho fundamental al juez natural.<sup>6</sup> Es preciso poner de presente en este momento, para efectos de claridad, que la acción de tutela es un mecanismo excepcional para la protección de los derechos fundamentales; así, al tener el carácter de *excepcional* no puede reemplazar los mecanismos ordinarios de legalidad que se han puesto en manos de la ciudadanía para ejercer y exigir sus derechos. Distinto es que la acción de tutela se haya normalizado en el país a razón de las innumerables circunstancias de desprotección por parte de las entidades públicas y privadas y por la grave situación de injusticia que brota a borbotones por la acción u omisión de quien tenga la carga de garantizar tratos dignos con los colombianos.

6 Este derecho fundamental se construye a partir de la interpretación del artículo 29 de la Constitución Política, que establece la protección del debido proceso, específicamente del inciso segundo que establece que: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente [...]”. Por lo tanto, el derecho al juez natural es un principio creado por el derecho constitucional para establecer la “prohibición de crear Jueces, Juzgados y Tribunales de excepción” (Corte Constitucional, 1993, Sentencia C-208).



Ha sido pues, la acción de tutela contra sentencia judicial el *casus belli* que enfrentó a la jurisdicción especial indígena, bajo la capa protectora de la Corte Constitucional, contra la jurisdicción ordinaria, en cabeza no solo de la Corte Suprema de Justicia sino, en este caso particular, del Consejo Superior de la Judicatura. Como se observará más adelante en el análisis de algunos casos particulares, existe una ruptura analítica en la forma como se percibe el reconocimiento de un grupo de especial relevancia constitucional. Se comportan como dos formas irreconciliables de ver el fenómeno político del reconocimiento indígena desde dos caras que hacen parte de una misma moneda, es decir, del poder judicial. No obstante, la pregunta fundamental es ¿por qué existe esta fractura del reconocimiento indígena en dos instituciones judiciales que deberían colaborar armónicamente? También es preciso preguntarse ¿por qué después de tantas decisiones judiciales no hubo una sumisión voluntaria del Consejo Superior de la Judicatura y de la Corte Suprema de Justicia sobre la teoría del reconocimiento indígena que tiene la Corte Constitucional?<sup>7</sup>

A continuación, se explicará de manera más detenida qué es la acción de tutela contra sentencia judicial, puesto que es una situación anormal dentro de un procedimiento que en sí ya está relevantemente cargado de anormalidad. Esto es así porque la acción de tutela se creó como mecanismo transitorio para detener o evitar la vulneración de derechos fundamentales de los ciudadanos, pero, hacer uso de ella cuando se persigue la revocatoria de una sentencia, estaría, aparentemente, vulnerando otros principios constitucionales denominados *cosa juzgada*, *seguridad jurídica* y, tal vez, el *principio de legalidad*. Motivos por los cuales no deja de ser problemática su aplicación, generando no solo debate en el ámbito judicial, sino también en el campo académico.

## Acción de tutela contra sentencia judicial

No es desconocido que las Altas Cortes, en especial la Corte Suprema de Justicia, se oponen al giro paradigmático que ha venido dando la Corte Constitucional en los últimos años,<sup>8</sup> pues argumentan que, de esta forma, se está desnaturalizando

7 Esta última pregunta es relativa porque existe sumisión de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo Superior de la Judicatura cuando la decisión de la Corte Constitucional es revocar u ordenar una modificación de la sentencia proferida por las primeras. Pero, la pregunta es legítima en la medida que el objeto del control constitucional que se hace de una sentencia judicial a partir de la acción de tutela es precisamente para que a futuro se evite la reiteración de ese tipo de errores judiciales.

8 La Corte Constitucional no solo decide en sede de recurso extraordinario de revisión las acciones de tutela que llegan de distintas partes del país a perseguir el cumplimiento de un derecho fundamental, pues esta corporación judicial también toma decisiones sobre la constitucionalidad de las normas que se aprueban o expiden de oficio por parte de las demás autoridades de otras ramas del poder público. Así, transformó a través de sus providencias que sus decisiones (y paulatinamente las de las demás altas corporaciones judiciales) no eran un mero instrumento auxiliar de interpretación del cual podían hacer si querían los jueces de la república. Situación que revistió un cambio sustancial en las fuentes de derecho establecidas en el artículo 230 de la

el ordenamiento jurídico, toda vez que, a juicio de la Corte Suprema de Justicia, cuando jueces de otras jurisdicciones revisen, anulen o corrijan sus decisiones, aquella deja de ser el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria; además, la acción de tutela contra sentencias: “[...] vulnera el principio de la cosa juzgada, la seguridad jurídica, la autonomía funcional del juez, la estructura constitucional del poder judicial y, finalmente, desvirtúa la naturaleza de la acción de tutela” (Botero-Marino, 2002, p. 6); sin embargo, frente a estas objeciones, la doctrina y la jurisprudencia constitucional han propuesto una serie de réplicas que le dan legitimidad a la acción de tutela contra sentencia judicial.

Catalina Botero Marino propone señalar un término perentorio para presentar la acción de tutela contra una sentencia judicial, pero no es tan fácil porque se topa con que la acción de tutela no puede tener un tiempo de caducidad para impetrarse debido a que constitucionalmente se puede presentar relativamente en cualquier momento (salvando las reglas jurisprudenciales establecidas sobre el principio de inmediatez);<sup>9</sup> no obstante, el caso de la sentencia judicial es excepcional, afirma ella, toda vez que la acción constitucional en este caso pone en riesgo la seguridad jurídica y, en esa medida, resulta más razonable limitar temporalmente la procedencia que eliminarla *prima facie*; aunque sea necesario reformar la Constitución para que, en el caso de las sentencias judiciales, el legislador pueda establecer un determinado plazo para la instauración de la acción. También sostiene que las sentencias de la Corte Suprema de Justicia pueden ser controvertidas por la Corte Constitucional sin violar necesariamente la distribución constitucional de competencias, interviniendo en un asunto que tenga relevancia constitucional sin que se suplante necesariamente a la Corte Suprema en su función de intérprete máximo del derecho ordinario, pero advierte que, una vez constatada la vulneración de derechos fundamentales en una sentencia, el juez constitucional solo puede ordenar la nulidad de la providencia y solicitar al juez de la causa que profiera una nueva decisión sometida al imperio de la constitución (Botero-Marino, 2002, pp. 9-15). De forma similar lo entiende Carlos Bernal Pulido:

Es bien cierto que, en virtud del recurso de amparo (la acción de tutela), el Tribunal Constitucional tiene la competencia institucional de revisar la constitucionalidad de las sentencias de la jurisdicción ordinaria. No obstante, desde la perspectiva de la corrección, el mencionado Tribunal debería ser deferente con estos márgenes propios del juez ordinario. A nuestro modo de ver, paralelamente, su competencia para hacer valer

Constitución Política, pues las decisiones judiciales pasaron de ser mera jurisprudencia para convertirse en fuente obligatoria de derecho a través de la figura del precedente obligatorio en casos análogos.

9 Más adelante se presentan casos concretos en los que se demuestra por qué no es conveniente poner un plazo perentorio para la interposición de la acción de tutela; para tal efecto, revisar los análisis de las sentencias T-364 del 2011 y T-942 del 2013, en las que los accionantes se enteraron de sentencias condenatorias proferidas con muchos años de anterioridad a su ejecución.

los derechos fundamentales frente a la jurisdicción ordinaria solo debe hacerse valer: cuando la ley que se aplica en el caso concreto necesita ser interpretada conforme con la Constitución; cuando el caso se ha decidido con base en una ley inconstitucional; cuando la aplicación en un caso concreto de una ley que en abstracto es constitucional implica la vulneración de un derecho fundamental, y, finalmente, cuando durante el procedimiento o la valoración de las pruebas el juez ordinario ha vulnerado de manera clara el derecho a la tutela judicial efectiva. (Bernal-Pulido, 2008, p. 64)

Pero ¿de qué forma es autónomo un juez después de que se le están dando las directrices para tomar una decisión? Advirtiéndole de antemano que ya se equivocó en una primera oportunidad y que por eso su sentencia fue revocada.

Por otro lado, Diego León Gómez Martínez se ha encargado de rastrear las principales consideraciones usadas por la Corte Suprema de Justicia para desestimar la procedencia de la acción de tutela contra las sentencias de casación,<sup>10</sup> encontrando una singularidad argumentativa en dos centenares de sentencias proferidas por las salas de casación civil, laboral y penal de la Corte Suprema de Justicia, que ha descrito de la siguiente forma:

i) Porque no hay norma positiva que así lo prevea, pues, según dice la Corte, la Constitución no consagra la posibilidad de esgrimir tal acción constitucional contra providencias judiciales, además, señala el alto tribunal, que la única norma que posibilita la acción de amparo contra providencias judiciales, eran los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, pero tales preceptos fueron declarados inexequibles por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-543 de 1992 [...]; ii) que la eficacia de los derechos fundamentales debe acompasarse con los fines del Estado de derecho, que son la administración de justicia, la seguridad jurídica, el instituto de la cosa juzgada, la independencia judicial, habida cuenta que un principio no supone la anulación de otro, sino que deben funcionar de forma armónica dentro del sistema jurídico; y iii) que las providencias de casación son inmutables, intangibles e inmodificables, pues responden al principio de corte de cierre u órgano límite, ya que son proferidas por el máximo organismo de la jurisdicción ordinaria. (Gómez-Martínez, 2010, p. 70)

10 Estos argumentos sintetizan la preocupación legítima de la Corte Suprema de Justicia, porque la ciudadanía entiende que los jueces de menor jerarquía, incluso los magistrados de tribunales, se llegaren a equivocar en la interpretación del lenguaje constitucional debido a la especialización de las materias en las que se desenvuelven los litigios que a diario piden resolución en sus respectivos despachos, pero, la ciudadanía espera que las sentencias de los recursos extraordinarios de casación tengan un grado de análisis tal que no sean tan vulnerables a ser revocadas por una acción de tutela, no solo por el tiempo que demora en resolverse un recurso como ese, que lo decide el organismo de cierre de la jurisdicción ordinaria, sino precisamente por esto último, porque es la Corte Suprema de Justicia quien lo profiere, con una antigüedad mucho mayor a la de la Corte Constitucional.

Gómez-Martínez (2010) insiste, como Catalina Botero, en que la Corte Suprema de Justicia no es implacable en sus argumentos. Esta vez porque considera que el artículo 86 constitucional sí cuenta como una norma con amplio margen de interpretación que permite a la acción de tutela ir en contra de sentencias judiciales, dirigiendo el amparo contra cualquier acción u omisión de las autoridades públicas. Encuentran que el debate se eleva a una colisión de principios que enfrenta, por un lado, a la seguridad jurídica, la cosa juzgada y la independencia judicial y, por el otro, al libre acceso a la administración de justicia, la tutela efectiva y la justicia material; colisión que se resuelve con la regla de ponderación desarrollada por Dworkin en el capítulo V de *Ética privada e igualitarismo político* (1993), identificando al primer grupo de principios como *argumentos políticos* y al segundo grupo como *argumentos de principio*; confrontación en la que, por regla, ganan los argumentos de principio, que al final terminan siendo los que usa la Corte Constitucional porque constituyen triunfos de derechos individuales fundamentales sobre el interés general que, en ocasiones como esta, se muestra materialmente injusto.

En síntesis, la acción de tutela sí procede contra sentencias judiciales, incluyendo sentencias de casación de la Corte Suprema de Justicia. Por más persuasivas que resulten las razones aducidas por los opositores de la doctrina constitucional, el giro que ha dado el derecho después de la Constitución de 1991 ha traído un discurso garantista que pone sobre la mesa la reivindicación liberal de los derechos fundamentales por encima de las formas reclamadas por el Estado de derecho.

### **Corte Constitucional y la jurisdicción ordinaria**

La forma en la que se analizarán las sentencias de esta sección tiene que ver con el ejercicio político del poder desplegado por la Corte Constitucional en sus fallos de tutela; es decir: “[...] la Corte Constitucional ha desempeñado un rol monopólico para definir el derecho y elevar su estatus en la jerarquía judicial, valorizando su capital y distanciándose de la clase política institucionalizada mediante una agencia estratégica activista” (Cruz-Rodríguez, 2017, p. 88).

En los casos que se analizarán posteriormente, la jurisdicción ordinaria es como una suerte de antagonista de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en razón de que ha sido esta última quien revoca todas las actuaciones surtidas en sede ordinaria y hasta en sede de tutela en instancias inferiores al conocimiento del caso por parte de la Corte Constitucional; esto se podría simplificar en un esbozo jurisdiccional generalizado de las sentencias que revoca la Corte Constitucional para empezar a analizar las providencias a partir de lo que considera la Corte.

El precedente puede vincular al juez frente a sus propios fallos (precedente horizontal) o a los jueces inferiores en jerarquía con respecto a los fallos que sobre casos análogos hayan proferido sus jueces superiores en jerarquía (precedente vertical). Esto obliga a seguir reglas o subreglas fijadas en los fallos, que en el caso del precedente vertical pueden tener –en la práctica– efectos generales por vía de la interpretación que hacen los jueces, más allá de los efectos concretos interpartes de la decisión del juez. En general, se puede afirmar que la aplicación o no de un precedente dependerá, entre otros factores, de las similitudes y las diferencias fácticas que existen entre el caso a resolver y el caso que dio lugar al precedente. Esto requiere experticia sobre el modo como se analizan los hechos de un caso frente a otro. Es necesario valorar si aquellos que fueron evaluados y que produjeron un fallo son análogos o no frente aquellos que se deben decidir en el nuevo caso. (Cajas Sarria, 2010, p. 236)

En varias de las sentencias que más adelante se van a analizar en este artículo, se puede encontrar que casi siempre existe la misma decisión en la que la Corte Constitucional revoca todas las actuaciones surtidas en sede ordinaria y en la acción de tutela de primera y segunda instancia. En esa medida se podría establecer una especie de algoritmo sobre las decisiones judiciales hasta el conocimiento de la Corte.

23. Una persona que aduce pertenecer a un resguardo indígena es procesada penalmente por la presunta comisión de alguna conducta punible.
24. El juez de conocimiento eleva el conflicto de competencias ante el Consejo Superior de la Judicatura para que lo resuelva. Nota: desde aquí se advierte que, en ocasiones, el conflicto de competencias no se eleva al Consejo Superior de la Judicatura en ninguna etapa procesal y el conflicto queda sin resolverse hasta que llega a la Corte Constitucional, quien en ese caso decide qué hacer.<sup>11</sup>
25. El Consejo Superior de la Judicatura, por regla general, le otorga la competencia a la jurisdicción ordinaria. Esto se debe a que en la mayoría de los casos no se cumplen los elementos para configurar el derecho a la jurisdicción especial indígena.
26. El caso se continúa desarrollando en la jurisdicción ordinaria hasta que llega la sentencia condenatoria de primera instancia.
27. La decisión es apelada y se confirma o se agrava en segunda instancia.

11 Analizaré este punto en: “La Corte Constitucional decidiendo conflictos de competencia”.

28. Esta decisión de segunda instancia es recusada en casación y la Corte Suprema de Justicia sigue confirmando las decisiones anteriores, en el sentido de que hacen culto a las disposiciones escritas en el Código Penal y de Procedimiento Penal y normas afines.
29. Al quedarse sin oportunidades en sede ordinaria, el indígena interpone una acción de tutela para alegar la vulneración de sus derechos fundamentales a ser juzgado por su juez natural y por la violación del principio *non bis in idem*, toda vez que, en muchas ocasiones, existe una condena no solo penal, sino que también ha sido condenado dentro de su resguardo. La tutela por lo regular niega o declara la improcedencia, en primera instancia, de las pretensiones del indígena porque el caso sigue en manos de un juez que, pese a estar investido de facultades constitucionales al momento de conocer esa tutela, en su interior aflora el culto a la ley.
30. La decisión de tutela es impugnada y en segunda instancia vuelve a confirmarse el amparo constitucional por las mismas razones del primer juez de tutela.
31. Esta decisión llega a revisión a la Corte Constitucional, que empieza analizando si, en principio, el conflicto de competencias fue resuelto por el Consejo Superior de la Judicatura.
- Si no ha sido así, ella lo resuelve aduciendo que la remisión del caso al Consejo Superior de la Judicatura en esa etapa del proceso demoraría demasiado y se dilataría innecesariamente el proceso.
  - Si el Consejo Superior de la Judicatura ha resuelto el problema a favor de la jurisdicción ordinaria, revisa esa decisión para encontrar si en realidad el Consejo Superior de la Judicatura analizó todos los elementos que configuran el derecho a la jurisdicción especial indígena (individual, territorial, institucional y objetivo); por lo general, la decisión del Consejo Superior de la Judicatura es revocada porque solo analiza si se cumplen los dos primeros elementos, evitando los otros dos.
  - Si todos los elementos son analizados en la decisión del Consejo Superior de la Judicatura y aun así no se configuraba el derecho, la Corte Constitucional pone de presente tres principios que ha construido ella misma para analizar los casos sobre indígenas, aduciendo que lo hace para garantizar un reconocimiento real de este grupo minoritario que goza de especial protección constitucional; esos tres principios se denominan: (i) maximización de la autonomía de las comunidades indígenas, (ii) mayor autonomía para la decisión de conflictos internos, (iii) a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía.

De alguna de estas formas, termina reconociendo el derecho a la jurisdicción especial indígena y, por esa razón, revoca la decisión del Consejo Superior de la Judicatura que negaba el reconocimiento de ese derecho.

32. Al reconocer el derecho al indígena, considera que se deben revocar todas las sentencias que confirman la condena.

### El último recurso de la jurisdicción especial indígena

El derecho a la jurisdicción especial indígena en su dimensión jurídica obedece a unos límites que se establecen a partir de los elementos que lo configuran, pero también responde a unos alcances que la Corte Constitucional le ha otorgado a partir de la creación de unos principios orientadores que descansan en un espectro progresista que busca la justicia material más allá de la sola justicia formal. Los elementos más comunes para la configuración de este derecho han sido, históricamente, el elemento personal y el territorial; sin embargo, en aras de *desmaquinizar* la aplicación de este derecho, la jurisprudencia constitucional, en sentencias como la T-1026 de 2008 y la T-617 de 2010, configuró dos elementos más, el institucional y el orgánico, para darle mayor aplicabilidad al derecho y usar estos dos nuevos elementos como eslabones que unan los presupuestos fácticos de los casos concretos que involucren la configuración del derecho a la jurisdicción especial indígena.

- 33. Elemento personal.** Este elemento se configura cuando la persona acusada de la comisión de una conducta punible o un hecho socialmente nocivo pertenece a una comunidad indígena, haciendo la identidad del investigado un criterio ineludible de interpretación para el juez.

- 34. Elemento territorial.** Es un elemento que se deriva directamente del artículo 246 de la Constitución Política e indaga por la ocurrencia de una conducta dentro del territorio de una comunidad indígena, pues, según este artículo, la comunidad podrá aplicar sus usos y costumbres dentro de su ámbito territorial. Sin embargo, el territorio no se interpreta solo con la pertenencia según criterios ancestrales, sino que también se vincula a la efectiva presencia de la comunidad y a la capacidad de sus autoridades tradicionales para ejercer control social de manera autónoma, esto es, con exclusión de otras autoridades. El elemento cultural del territorio le otorga un efecto expansivo. Esto quiere decir que el espacio vital de las comunidades no coincide necesariamente con los límites geográficos de su territorio, de modo que un hecho de los límites puede ser remitido a las autoridades indígenas por razones culturales. Estos criterios deben aplicarse con cautela en casos de comunidades indígenas que, por causas de desplazamiento forzado, han tenido que reubicarse o se encuentran en procesos de retorno.



**35. Elemento orgánico o institucional.** La importancia de verificar la existencia o no de una institucionalidad capaz de poner en marcha la jurisdicción especial indígena al interior de las comunidades radica no solo en la necesidad de garantizar el debido proceso para el acusado, que constituye un límite infranqueable para la autonomía de los pueblos originarios, sino también en que es indispensable para realizar dos objetivos constitucionales concretos: la conservación de las costumbres e instituciones ancestrales empleadas por las culturas en materia de resolución de conflictos y la satisfacción de los derechos de las víctimas.

**36. Elemento objetivo.** Este elemento se construye en torno a la gravedad de la conducta, y en su definición resulta básica la aceptación de un umbral de nocividad en la evaluación de esta.

Una vez el asunto atraviesa el umbral de nocividad, se entiende que ha trascendido los intereses de la comunidad y, por lo tanto, es excluido de la competencia de la jurisdicción especial indígena, puesto que está en juego un bien jurídico universal.

El elemento objetivo respeta la maximización de la autonomía sin exceder sus límites legítimos. El punto de partida de una formulación más clara sobre el elemento objetivo exige preguntarse sobre la naturaleza del sujeto o del bien jurídico afectado por una conducta punible, de manera que pueda determinarse si el interés del proceso es de la comunidad indígena o de la cultura mayoritaria.

### **Principios orientadores dentro de la jurisprudencia constitucional**

Para desarrollar el objetivo político del reconocimiento, la Corte Constitucional construyó tres principios orientadores para asuntos indígenas. Estos principios se han introducido desde el año 1998 y la Corte los ha delimitado de la siguiente forma:

**37. Maximización de la autonomía de las comunidades indígenas.** Supone el carácter excepcional de las restricciones a la autonomía de las comunidades, privilegiando el máximo despliegue posible y minimizando exponencialmente las restricciones a las estrictamente necesarias para salvaguardar intereses de superior jerarquía. Es decir, cuando en un caso concreto sea necesario ponderar la preservación de la diversidad étnica de la Nación frente a otros intereses, la autonomía de las comunidades podrá restringirse si existen unos intereses más urgentes para el Estado o si se tratare de una medida menos dañina para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas.

**38. Mayor autonomía para la decisión de conflictos internos.** La autonomía de las comunidades indígenas debe respetarse en mayor medida cuando el problema

que examina el juez constitucional involucra miembros de una misma comunidad. En caso contrario, es decir, cuando un conflicto compromete dos o más culturas diferentes, el juez constitucional debe orientar su razonamiento hacia la armonización de los principios definitorios de cuantas culturas se encuentren en tensión.

- 39. Mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía.** El punto de partida de este principio es la constatación de que el mandato colonizador que marca la historia nacional no fue asimilado de manera uniforme y homogénea por las diferentes comunidades indígenas existentes en el territorio nacional, sino que es posible distinguir entre las culturas que resistieron el mandato de asimilación y aquellas que, por presiones de distinta naturaleza, cedieron hasta optar formas propias de la comunidad mayoritaria. Al constatar que este principio podría interpretarse como aceptación para desconocer la autonomía de las comunidades con bajo nivel de conservación cultural, la Corte Constitucional precisó que este principio no constituye una licencia que permite a los jueces proteger la autonomía de las comunidades indígenas de manera directamente proporcional a su grado de aislamiento. Al contrario, debe entenderse como un dispositivo de orden descriptivo sobre el estado actual de los usos y costumbres de los pueblos aborígenes y tribales, pues es claro que la pérdida de ciertos aspectos de la vida tradicional no acarrea necesariamente una disminución de la capacidad para decidir sobre asuntos fundamentales de la vida comunitaria.

### ¿Devolver o decidir? Dilemas de la Corte Constitucional sobre los derechos en pugna

No fueron pocas las sentencias en las que la Corte Constitucional terminaba decidiendo cuál era la jurisdicción que resolvería los casos concretos, pese a que, en muchas de las oportunidades, ya existiera una decisión de parte del Consejo Superior de la Judicatura, quien era la autoridad judicial designada por mandato constitucional para resolver los conflictos de competencia. A veces ocurría que dentro de los procesos ordinarios no se activaba el conflicto positivo de competencias o que los jueces de conocimiento no elevaban tal conflicto a la alta corporación para que lo resolviera; es decir, le restaban la importancia debida, continuando así los juicios ordinarios en doble instancia, mientras que el procesado seguía privado de la libertad. También ocurría que se vulneraba el principio de *non bis in idem*, pues el ciudadano terminaba siendo procesado en ambas jurisdicciones y hasta podía purgar ambas condenas.

En los siguientes párrafos se analizarán algunas sentencias de tutela con las que se revocaron decisiones del Consejo Superior de la Judicatura o de procedimientos en sede ordinaria para entregarle la competencia a la jurisdicción especial

indígena. Una vez se analicen uno a uno los casos, encontraremos que todos ellos reproducen un fenómeno que no deja de causar polémica en el mundo jurídico nacional, esto es, la acción de tutela contra sentencia judicial.

En la Sentencia T-364 del 2011 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla) se analiza un asunto penal sobre el delito de homicidio que involucra como víctima a un indígena, cometido presuntamente por otro comunero perteneciente al mismo resguardo. El juicio de la jurisdicción ordinaria en el que se encuentra responsable al victimario (que es el accionante de la tutela) finaliza con la sentencia condenatoria, pero sin que en etapa alguna se cuente con su presencia, por lo que se le había nombrado un defensor público y se había declarado persona ausente; solo ocho años después de que se hizo efectiva su captura, el accionante supo de la existencia de la sentencia que lo había encontrado responsable del homicidio endilgado.

El ciudadano condenado interpuso acción de tutela contra la fiscalía y el juzgado que adelantaron el proceso ordinario, aduciendo que las citadas entidades vulneraron sus derechos al debido proceso, a la defensa y al juez natural; no obstante, el juez de tutela no encontró vulneración alguna de los derechos pretendidos y el accionante no impugnó dicha decisión. Al revisar la sentencia de tutela decidida en solo una instancia, la Corte Constitucional encontró que el ciudadano reunía los elementos para configurar el fuero indígena. Por ende, su juez natural era la autoridad tradicional del resguardo al que pertenecía, por lo que el juez ordinario carecía de competencia para adelantar las actuaciones procesales que concluyeron en la sentencia condenatoria penal. Eso llevó a la Corte a establecer que también se vulneró el debido proceso, por lo que decidió decretar la nulidad de todo lo actuado dentro del caso y, en su lugar, remitir a la autoridad indígena competente para que adelantara los trámites que correspondieran.

Un caso muy similar sucedió en la Sentencia T-942 del 2013 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), en la que el accionante había sido condenado por parte de la autoridad indígena de su resguardo a purgar pena privativa de la libertad y a trabajo comunitario por haberlo encontrado responsable del homicidio de otro comunero, y, cuando ya había pagado la condena impuesta por la jurisdicción especial indígena, fue capturado por la policía, que le informó de una sentencia en su contra proferida por un juzgado penal que lo había encontrado responsable por la comisión de los mismos hechos. Así que el ciudadano impetró la acción de tutela aduciendo que el juez ordinario carecía de competencia para procesarlo por la comisión del delito de homicidio, teniendo en cuenta que él gozaba de fuero indígena. No obstante, el juez de la acción declaró su improcedencia porque no se acreditó el cumplimiento del principio de inmediatez, debido a que la acción constitucional fue propuesta dos años después de que se produjo la captura del ciudadano; el accionante no

impugnó la decisión y la Corte en sede de revisión estimó que el juez ordinario “carecía absolutamente de competencia para conocer y definir el asunto” y por eso decidió dejar sin efectos la sentencia proferida por dicho juez y poner a disposición de la autoridad tradicional indígena al accionante para que determinara si ya había cumplido con la condena impuesta.

### **Interés superior del menor frente a jurisdicción especial indígena**

En los casos que se analizan en esta sección, la Corte Constitucional se ha encargado de hacer una valoración argumentativa dentro de los problemas jurídicos que se plantean en las acciones de tutela para fijar el alcance que tiene el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes frente al reconocimiento de la jurisdicción especial indígena. Sin embargo, lo que tienen de particular estas sentencias es que, aunque el principio de supremacía de los derechos del menor parezca una regla de interpretación clara, la Corte termina otorgando el conocimiento de estos casos a la jurisdicción especial indígena y no a la ordinaria, alegando que podría haber una suerte de impunidad en la sanción de estas conductas delictivas por considerar poco severos los castigos fijados para tal efecto, en comparación con los que fijaría el ordenamiento jurídico procesal penal de la jurisdicción ordinaria.

En la Sentencia T-617 del 2010 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva), el gobernador de una comunidad indígena interpuso una acción de tutela contra la decisión del Consejo Superior de la Judicatura de otorgar la competencia a la jurisdicción ordinaria para el conocimiento sobre un delito de acceso carnal violento contra una comunera menor de 14 años, pues, a juicio del accionante, tanto la víctima como el presunto victimario pertenecían al resguardo de su jurisdicción y, por ende, no solo se estaban vulnerando los derechos fundamentales al debido proceso y la diversidad étnica del procesado, sino que también se veían comprometidos los derechos a la autonomía y diversidad cultural de la comunidad indígena. Sin embargo, la acción de tutela fue declarada improcedente en las dos instancias y la Corte Constitucional, en sede de revisión, encontró que el Consejo Superior de la Judicatura realizó una interpretación errónea de los artículos 246 y 44 de la Constitución Política y que también aplicó inadecuadamente los elementos que determinan la competencia de la jurisdicción especial indígena, desconociendo así los derechos fundamentales a la autonomía de la comunidad indígena y al debido proceso del victimario, por lo cual decidió revocar la decisión sobre el conflicto de competencias entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria proferida por el Consejo Superior de la Judicatura; en su lugar, ordenó la remisión del caso a la autoridad indígena tradicional.

Lo interesante de esta sentencia es que, una vez se ha planteado el problema jurídico, la Corte señala el camino que considerará para resolver el caso, en el que pone de presente como primer eslabón el “interés superior del menor” y junto a este “los principios de diversidad, integridad étnica y autonomía de las comunidades indígenas”:

Para resolver el problema planteado, la Sala reiterará la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre: (i) el interés superior del menor, (ii) los principios de diversidad, integridad étnica y autonomía de las comunidades indígenas; (iii) los criterios para la solución de conflictos que puedan presentarse entre la autonomía de las comunidades indígenas y los derechos individuales de sus miembros. (Corte Constitucional, 2010, Sentencia T-617)

No obstante, la Corte también desarrolla su jurisprudencia frente a los casos que involucren el bienestar de niños pertenecientes a comunidades indígenas y advierte que la labor del juez no se limita a evaluar, desde la perspectiva *occidental*, la situación del menor indígena, pues lo que debe tener presente el juez es el “indeclinable interés por asegurar su integridad, su salud, su supervivencia, bajo el entendido de que el menor indígena es guardián de saberes ancestrales y de valores culturales cuya protección persiguió con ahínco el constituyente de 1991” (Corte Constitucional, 2010, Sentencia T617), pues constituyen el patrimonio de diversidad que nos permite conocernos como una nación con una identidad compleja, respetuosa de la igualdad en la diferencia. Pero ¿cómo se asegura que el conocimiento del asunto por parte de la jurisdicción especial indígena no se traduzca en impunidad para la víctima, que es, en este caso, una menor de edad? Para esto, el juez que otorga la competencia debe analizar el elemento institucional, que es uno de los que configura el fuero indígena, lo que se traduce en un límite a la autonomía de estos pueblos; así, cuando una conducta supera determinado umbral de gravedad social, lo relevante para determinar si el asunto puede ser conocido por la jurisdicción especial indígena es lo siguiente:

40. Que pueda establecerse de manera razonable que el ejercicio de la autonomía jurisdiccional no se traducirá en impunidad.

41. Que se verifique si el derecho propio prevé medidas de protección para la víctima.

Por esto, encuentra la Corte Constitucional infundada la acusación sobre impunidad al resguardo indígena realizada por el Consejo Superior de la Judicatura en el proceso de la referencia y lo señala de la siguiente forma:

Resulta extraño que la Corporación accionada no explique en qué momento y/o por qué razón el respeto por los derechos de “Claudia” entra en tensión con la aplicación del derecho propio del resguardo de Túquerres. Ante la

ausencia de motivación sobre el particular, parece necesario concluir (con el Gobernador del resguardo de Túquerres) que el Consejo Superior de la Judicatura no basó esa percepción en hechos comprobados, sino en el supuesto de que en la jurisdicción indígena no se respetan los derechos de niños y niñas, lo que constituye un prejuicio y una actitud discriminatoria frente a los pueblos originarios. (Corte Constitucional, 2010, Sentencia T-617)

Así es como la Corte desestima que el interés superior de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes se ponga en peligro en estos casos, porque *per se* no es un problema en el que se comprometan los derechos de esta población vulnerable, pero sí se usa como excusa para desconocer el reconocimiento de los pueblos indígenas. Algo muy similar ocurre en el siguiente caso bajo estudio.

En la Sentencia T-002 del 2012 (M. P. Juan Carlos Henao Pérez) se agrupan dos expedientes distintos en los que se acusa de delitos sexuales contra menores a dos ciudadanos, cada uno miembro de comunidades indígenas. Le corresponde a la Corte en esta oportunidad determinar si la autoridad judicial accionada vulneró los derechos fundamentales (i) a la autonomía jurisdiccional y a la integridad étnica y cultural de las comunidades indígenas de los resguardos La Montaña y Los Guayabos; y (ii) al debido proceso (juez natural) y a la diversidad cultural de los señores “Anselmo” y “Víctor”, al proferir el fallo que dirimió el conflicto de competencia surgido entre las autoridades tradicionales de los mencionados resguardos y las autoridades del sistema jurídico nacional, especialidad penal, con ocasión de hechos ocurridos en los resguardos referidos, en los cuales habría sido vulnerada la integridad sexual de las menores indígenas “Gina” y “Ángela” por los señores “Anselmo” y “Víctor”, respectivamente.

La Corte Constitucional analiza de fondo el argumento sobre la supremacía de los derechos de los menores en el ordenamiento jurídico y encuentra que tal supremacía no se concede acudiendo a una aplicación mecánica, sino que, más bien, se debe analizar su contexto teniendo en cuenta las circunstancias específicas de cada caso, anotando que existe un desarrollo jurisprudencial para las posibles vulneraciones a la integridad sexual de menores indígenas al interior de sus comunidades, para lo cual ha destacado, en la sentencia C-617 de 2010 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva), que su labor “[...] no se limita a evaluar, desde la perspectiva occidental la situación del menor indígena”, arguyendo que, por el contrario, el juez:

No puede perder de vista el hecho de que el menor indígena es, en sí, gestor de su propia cultura, por lo que la protección de sus derechos constituye al mismo tiempo una valiosa oportunidad para perpetuar saberes y costumbres ancestrales fundamentales para la conservación de la diversidad y la promoción del respeto por la diferencia. (Corte Constitucional, 2012, Sentencia T-002)

Es casi el mismo argumento usado en la Sentencia T-617 del 2010, citada más atrás; en este sentido, al dejar la Corte de lado la lógica occidental para evaluar los componentes del caso indígena, está garantizando un tratamiento en derecho que escapa a los alcances para los que fue establecida la regla de la supremacía de derechos de los menores, integrando estos nuevos alcances en aras de equilibrar los derechos que se debaten en el caso difícil, porque resulta contraproducente pensar que esa regla resolvería inexorablemente cualquier tipo de conflicto a favor de los intereses de un menor.<sup>12</sup>

El razonamiento que hace la Corte Constitucional se produce por los alcances del artículo 94 de la Constitución –que se refiere a los derechos y garantías innominadas–, que da cuenta de cómo a la Corte se le permite ensanchar o reducir el alcance de los principios para los requerimientos que se deban al caso, porque de acuerdo a la transformación de la que han sido objeto los principios desde la tradición romana es posible jugar con elementos hermenéuticos que le otorguen herramientas alternativas a los operadores judiciales para analizar minuciosamente los casos. En tal sentido:

Los juristas al hacer uso de los principios estaban aún, por decirlo así, dentro de los límites permitidos de la argumentación jurídica. Los problemas que ocasionaba la tiranía de la forma y del texto fueron corregidos mediante un mecanismo que no violaba las reglas fundamentales del juego llamado derecho. (López-Medina, 2012, p. 21)

Pese a que la Corte no cita el artículo en ningún apartado de la sentencia, se puede inferir su aplicación tácita cuando configura principios exclusivos que orientan una pugna en la colisión de derechos. Es decir, la Corte encuentra principios que orientan cada caso estableciendo un precedente y esos mismos principios servirán para resolver los casos análogos sobre la misma colisión de derechos en casos posteriores.

Pensar la diversidad cultural lleva a la Corte a analizar los límites establecidos “por la Constitución y la ley”, y resulta claro, de acuerdo con lo que ya planteé, que no puede tratarse de todas las normas constitucionales y legales, porque, siendo así, no sería más que un significado retórico. La Corte lo entiende muy bien y a partir de los hechos y el problema jurídico configura unos principios a favor de la maximización de la autonomía en la jurisdicción indígena,<sup>13</sup> garantizando de esa

12 Consideren por ejemplo que hipotéticamente los derechos de un grupo de niños a la recreación y al libre desarrollo de la personalidad se pongan por encima de los derechos a la tranquilidad personal y familiar de un grupo de adultos que desea que aquellos niños dejen de jugar fútbol en horas de descanso nocturnas y dominicales en la cuadra del vecindario.

13 Esos principios son: mayor autonomía para la decisión de conflictos internos y a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía.



forma la inclusión de las culturas en un consenso que reúna a todo el territorio colombiano para deliberar en torno a lo verdaderamente inaceptable desde la óptica de los derechos humanos; en ese acto deliberativo hipotético que convoca la Corte, se ha establecido que existen unos cuantos derechos que conforman una *núcleo duro* no susceptible de ser desconocido ni limitado esgrimiendo argumentos de tipo culturalista: el derecho a la vida, la prohibición de la tortura, la prohibición de la esclavitud y el principio de legalidad en materia penal. Por otro lado, declara la Corte que los actos que llevan a cabo las comunidades indígenas amparándose en su autonomía encuentran su límite en el respeto por la dignidad humana, en aras de garantizar una convivencia armónica efectiva.

Es problemático que la Corte Constitucional revoque actuaciones por vía ordinaria y adopte un sentido distinto en la interpretación del caso; esta sentencia, por ejemplo, revocó los fallos que negaron la procedencia de la acción de tutela y dejó sin efectos la sentencia condenatoria en contra del señor Anselmo, proferida por un juzgado penal de circuito, con lo que generó un estado de inseguridad jurídica al darle un nuevo rumbo interpretativo a la colisión de esas jurisdicciones. No obstante, la Corte considera que, en los casos que se están examinando en la sentencia, se plantea en realidad un problema de interpretación del artículo 246 de la Constitución Política en relación con los artículos 1, 2, 7 y 70 de la misma; poniendo de presente que el punto central de los asuntos que se encuentran bajo examen no es solo la conocida tensión entre los derechos a la autonomía y a la diversidad cultural de las comunidades indígenas y el sistema de derechos fundamentales, en cuanto mínimos éticos universales, sino que, además: “[...] está en juego la integridad sexual de dos menores, y los menores, ya se ha dicho, son sujetos de especial protección constitucional cuyo bienestar concierne a la sociedad en general, incluidas las comunidades indígenas” (Corte Constitucional, 2012, Sentencia T-002). Sin embargo, no se puede argumentar que, por existir este conflicto de derechos, se configure tácitamente una vulneración a los intereses de los menores en la dimensión de su integridad sexual, porque la Corte encuentra que, al ser asumido el conocimiento por las autoridades indígenas, no se puede inferir que el delito quede en la impunidad, pues encuentra que la comunidad está organizada institucionalmente para reprochar y castigar jurídicamente la conducta del señor Anselmo, expresando que:

La Sala encuentra que no existe certeza alguna sobre la afectación de los derechos de la menor, ya que la comunidad cuenta con una serie de normas e instituciones tendientes a castigar el delito de la violación de la menor. En efecto de las pruebas recaudadas en sede de revisión se concluye que el derecho propio del Resguardo La Montaña ofrece la institucionalidad necesaria para garantizar los derechos de la presunta víctima. En cambio, existe certeza sobre la afectación de la autonomía de la comunidad indígena y el debido proceso de Anselmo si el caso es asumido por la jurisdicción ordinaria. (Corte Constitucional, 2012, Sentencia T-002)

Guardando el mismo respeto por la autonomía jurisdiccional del resguardo Los Guayabos, encuentra la Corte que ese resguardo no contempla castigos en materia de infracciones graves, como la infringida por el señor Víctor contra la menor Ángela. Por esto considera el resguardo a través de su asamblea que el caso debe ser juzgado por la justicia ordinaria, pues su derecho propio no cuenta, como ya se dijo, con los elementos necesarios para encargarse del caso de Ángela. Aunque las autoridades indígenas de ese resguardo se interesaron, al principio, por este caso, desistieron en el transcurso del proceso al encontrar que sus instituciones no estaban preparadas para sancionar esta conducta. Así, encontró la Corte un elemento fundamental para que el asunto siguiera su curso en vía ordinaria en la especialidad penal, al determinar que:

No existe certeza sobre la afectación de la autonomía de la comunidad indígena y el debido proceso de Víctor si el caso es asumido por la jurisdicción ordinaria, pues las autoridades tradicionales del resguardo han expresado su voluntad de ceder la competencia arguyendo para ello razones poderosas, como lo son la inexistencia de reglas específicas e instituciones consolidadas para llevar a cabo el proceso y castigar al agresor en caso de ser hallado culpable. (Corte Constitucional, 2012, Sentencia T-002)

Por estos motivos, la Corte Constitucional ordena que el caso del señor Anselmo sea trasladado a la jurisdicción especial indígena y que las actuaciones adelantadas en vía ordinaria sean revocadas por encontrarse viciadas de nulidad absoluta por falta de competencia; mientras que para el caso del señor Víctor confirma la sentencia proferida por la sala disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que otorga la competencia a la justicia ordinaria.

Otra providencia sobre delitos sexuales fue la T-921 del 2013 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), en la que se aborda un acceso carnal abusivo agravado con menor de 14 años, luego de que una señorita de 13 años de edad, perteneciente a una comunidad indígena, quedara en estado de embarazo por parte de su compañero sentimental,<sup>14</sup> comunero del mismo resguardo, quien tenía 26 años de edad, por lo que fue conducido ante un juez de control de garantías que legalizó su captura e impuso medida de aseguramiento en centro carcelario. El gobernador del resguardo activó el conflicto positivo de competencias y el Consejo Superior de la Judicatura resolvió otorgarle la competencia a la jurisdicción ordinaria teniendo en cuenta:

42. La prevalencia del interés del menor sobre el reconocimiento de fueros especiales.

14 Un caso completamente análogo ocurre en el expediente T-4.549.923 dentro de la Sentencia T-081 del 2015 (M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez). Otro caso similar ocurre en la Sentencia T-196 del 2015 (M. P. María Victoria Calle Correa), solo que, en esta ocasión, la comunidad sí castiga ese tipo de delitos y profiere sentencia condenatoria al acusado.

43. El grado de culturización y el nivel académico del imputado que no permite aseverar su arraigo y obediencia ciega a los usos y costumbres que rigen las comunidades indígenas.

44. La víctima es menor de 13 años y el victimario tiene 26 años y grado universitario.

Fue así como el procesado presentó acción de tutela contra la decisión del Consejo Superior de la Judicatura, pero fue declarada improcedente en primera instancia y negada en la segunda. Sin embargo, en revisión, la Corte Constitucional estimó –luego de escuchar múltiples intervenciones de autoridades académicas, indígenas, judiciales, ministerio público, entre otros– que, contrario a lo que piensa el Consejo Superior de la Judicatura, sí hay lugar a la configuración del fuero indígena por reunir todos los requisitos para tal efecto. Además, vuelve la Corte a establecer que el interés superior del menor no se ve menoscabado por entregar la competencia a la jurisdicción especial, y lo refiere expresamente así:

La competencia de la jurisdicción indígena respecto de la investigación y juzgamiento de estos hechos no puede variarse por la existencia del interés superior del menor, pues dicha jurisdicción también tiene la obligación de velar por los intereses de la menor “Catalina”. En este sentido, no existe en este momento siquiera algún indicio que permita inferir que la comunidad Emberá-Chamí no va a tutelar los derechos de la menor ni a investigar y juzgar adecuadamente al señor “Cesar.” (Corte Constitucional, 2013, Sentencia T-921)

Así que la Corte Constitucional decide, una vez más, tutelar los derechos del accionante a la dignidad humana, el buen nombre, el debido proceso, el juez natural, la diversidad cultural, la autonomía jurisdiccional y la integridad étnica y cultural, y revocar la decisión del Consejo Superior de la Judicatura, que otorgó la competencia a la jurisdicción ordinaria y, en su lugar, concedió la competencia a la jurisdicción especial indígena y ordenó el traslado del acusado a la autoridad indígena tradicional para que lo procesara con sus usos y costumbres; es decir, se arrogó una función que no le fue asignada constitucionalmente. En la siguiente sección se analizarán otras sentencias en las que sucede algo similar.

### **La Corte Constitucional decidiendo conflictos de competencia**

La Sentencia T-866 del 2013 (M. P. Alberto Rojas Ríos) analiza otro caso penal en el que un indígena acusado de los delitos de hurto y porte ilegal de armas interpone acción de tutela porque fue condenado dos veces por la comisión de la misma conducta punible, con una sentencia de un juez ordinario penal y con la sentencia de la autoridad indígena tradicional del resguardo al que pertenece, por lo que,

a juicio del accionante (gobernador del resguardo quien actúa en representación del afectado), se vulneró no solo el principio de *non bis in ídem*, sino también los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, a la jurisdicción especial indígena y a la diversidad étnica y cultural del ciudadano procesado.

No obstante, la acción constitucional fue declarada improcedente en las dos instancias porque se consideró que el accionante contaba con los recursos legales para controvertir las decisiones expedidas dentro del proceso, los cuales usó infructuosamente debido a que no lograron los objetivos que pretendía, pero dicha situación no era fundamento suficiente para la procedencia de la acción de tutela. Así que, en sede de revisión, la Corte Constitucional encontró ciertas irregularidades procesales que se dieron en el caso, pues, luego de conocerse por parte de las autoridades judiciales ordinarias que el ciudadano era miembro de una comunidad indígena y que existía un acta de juzgamiento expedida por el resguardo que lo condenaba a 10 años de trabajo comunitario, el juez de conocimiento nunca elevó el conflicto de competencias al Consejo Superior de la Judicatura para resolverlo.

Por tanto, la Corte propone dos alternativas para la resolución del caso: la primera opción es tutelar el derecho al debido proceso, anulando todo lo actuado hasta ese momento y remitiendo el expediente al Consejo Superior de la Judicatura para que dirima el conflicto de competencias y reiniciar así la investigación; la segunda opción es verificar si concurren los elementos que permiten afirmar la existencia del fuero especial indígena para ver si, efectivamente, se tutelan los derechos al debido proceso y a la jurisdicción especial indígena o si se deben confirmar las decisiones proferidas por los jueces ordinarios. Esta última opción significaría arrogarse una función que constitucionalmente había sido concedida (por lo menos hasta ese momento) al Consejo Superior de la Judicatura, el cual entró a verificar el cumplimiento de los elementos del fuero indígena, lo que, abiertamente, significaba decidir el conflicto de competencias, aunque en el lenguaje de la Corte tuviera un alcance del simple análisis del derecho fundamental a la jurisdicción especial indígena; es decir, como si fuese un asunto de su estricta competencia, aduciendo que esa opción legítima se constituía en un mal menor para el sistema judicial, pues, si hubiese optado por la primera opción, que era decretar la nulidad de lo actuado en el proceso ordinario y remitir la resolución del conflicto de competencias a la autoridad competente, y esta corporación a su vez hubiese encontrado que el juez natural era, efectivamente, el ordinario, ¿cuánto no se hubiese desgastado el aparato judicial con esta determinación? Teniendo que volver a surtirse todo el proceso ordinario en una segunda ocasión.

Desafortunadamente para los intereses del resguardo indígena y del ciudadano indígena, la Corte Constitucional no encontró que se reunieran todos los elementos esenciales para que se configurara el derecho a la jurisdicción especial

indígena, debido a que, pese a que sí se cumplieron los elementos personal e institucional, no sucedió lo mismo con el requisito geográfico o territorial porque el delito por el que se condenó al implicado se consumó por fuera del territorio del cabildo indígena; no obstante, la Corte advierte que, en los casos que implican a resguardos indígenas urbanos, es posible flexibilizar este elemento territorial, procurando una interpretación garantista que no niegue el amparo del fuero indígena de manera tan taxativa.

Sin embargo, pese a este esfuerzo de la Corte por determinar el grado de occidentalización del sujeto, es innegable que el indígena sí conocía sobre la ilicitud de su conducta, que además consumó con armas de fuego en compañía de más de cinco personas ajenas al resguardo de Bosa y en contra de una persona que tampoco hacía parte de la comunidad indígena; y, por si fuera poco, el procesado recibió una educación occidental desde primaria hasta el Servicio Nacional de Aprendizaje (Sena) y prestó servicio militar; elementos que no dejaron otro camino, sino el de negar el amparo del derecho a la jurisdicción especial indígena.

Pese a que no se tutela el derecho a ser juzgado por el juez natural, es decir, la jurisdicción especial indígena, sí se logra probar la violación del debido proceso por vulnerar el principio de *non bis in idem*, por lo que se ordena anular el acta con la que el cabildo indígena castigó al implicado, debido a que no reunió los elementos necesarios para configurar el fuero; sin embargo, esto no quiere decir que la nulidad de dicha acta implique la inexistencia del doble juzgamiento, pues el procesado purgó dos sentencias y el responsable de la violación al principio de *non bis in idem* fue el juez de instancia que negligentemente no elevó en su oportunidad el conflicto de competencias ante el Consejo Superior de la Judicatura. Desafortunadamente, en el momento de la sentencia de la Corte, el accionante ya había cumplido las dos condenas que se le habían impuesto, por lo que se decretó la carencia actual del objeto por daño consumado.<sup>15</sup>

Lo interesante de esta sentencia es cómo la Corte Constitucional aprovecha las irregularidades de forma en las que se obvió el conflicto de competencias en sede ordinaria para proponer su propia salida, toda vez que, en aras de otorgarle un tratamiento más garantista, juega con una serie de principios con los que asegura no solo la celeridad o la economía procesal, sino también la construcción de una vía real que tiende a garantizar el trato diferencial del procesado indígena, que infortunadamente no reunió los elementos más esenciales para el otorgamiento del fuero; por lo que se negó el amparo del derecho, que no bastó

15 La Corte Constitucional ha establecido que la carencia actual de objeto por daño consumado: “[...] se presenta cuando se ejecuta el daño o la afectación que se pretendía evitar con la acción de tutela, de tal manera que el juez no puede dar una orden al respecto con el fin de hacer que cese la vulneración o impedir que se materialice el peligro. Así, al existir la imposibilidad de evitar la vulneración o peligro, lo único procedente es el resarcimiento del daño causado por la violación de derecho” (Corte Constitucional, 2019, Sentencia T-038).

para seguir revocando los fallos de tutela de primera y segunda instancia, aun cuando cualquier cosa que se decidiera en la sentencia de la Corte no produciría efectos sobre la libertad del accionante, debido a que ya se había configurado el fenómeno de la carencia actual del objeto.

Por otra parte, en la Sentencia T-642 del 2014 (M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez) se analizó un caso de homicidio en el que un ciudadano fue condenado en el año 1995, mediante sentencia judicial, a 20 años de prisión, y aunque el accionante aseguró que ya había purgado en 1985 otra pena proferida por la jurisdicción especial indígena consistente en diez años en el cepo y cinco años de trabajo comunitario impuesta por la comisión de los mismos hechos, la Corte Constitucional, una vez conoció el caso en sede de revisión, determinó que dicho castigo no se pudo probar: “[...] menos aun cuando el presunto castigo indígena tuvo lugar en 1985 y los hechos del caso ocurrieron en el año 1991” (Corte Constitucional, 2014, Sentencia T-642). No obstante, la Corte también encontró que el caso sí reunía los elementos para configurar el fuero indígena, por lo que decidió anular, por falta de jurisdicción, la providencia condenatoria ordinaria proferida en contra del accionante, expresándolo de la siguiente forma:

El juez penal ordinario vulneró el derecho fundamental a la jurisdicción especial indígena, al juez natural y al debido proceso, al no elevar en su momento un conflicto de competencias ante el Consejo Superior de la Judicatura, toda vez que la calidad de indígena del procesado estaba acreditada y con ese solo hecho no resultaba despejada su jurisdicción para proferir una decisión en derecho. De paso, el juez desconoció considerar, junto con las autoridades de la comunidad indígena, el diálogo intercultural jurisdiccional, con el fin de evitar vulneraciones al debido proceso del actor, en su derecho a ser investigado y juzgado por su juez natural. (Corte Constitucional, 2014, Sentencia T-642)

Pese a que la Corte encontrara que el juez de conocimiento en el proceso ordinario no elevó el conflicto de competencias a la autoridad competente, dicha corporación sí se volvió a arrogar la facultad para hacerlo; es decir, resolvió, una vez más, el conflicto de competencias, otorgando el conocimiento a las autoridades indígenas competentes, revocando con ello las providencias en sede ordinaria y la de tutela de única instancia.

Activar el conflicto positivo de competencias es importante para prevenir una posible vulneración de las garantías procesales y los derechos fundamentales como el debido proceso, el juez natural, el principio de legalidad y el de *non bis in ídem*. Sin embargo, los jueces ordinarios no son ingenuos y la renuencia por activar el conflicto positivo de competencias y remitir el expediente al Consejo Superior de la Judicatura se presenta para evitar que ese conflicto se transforme

en una oportunidad para la bancada de la defensa y solicitar libertades por vencimiento de términos, pues la congestión judicial del Consejo Superior de la Judicatura impide la priorización de estos casos para el cumplimiento de plazos establecidos en el Código de Procedimiento Penal sobre garantías procesales de los ciudadanos contra los que se adelantan investigaciones penales.

Otros casos muy similares se presentaron en la Sentencia T-764 del 2014 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), sobre homicidio, y en la Sentencia T-081 del 2015 (M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), en la que otro ciudadano indígena fue procesado en la jurisdicción ordinaria luego de que el Consejo Superior de la Judicatura decidiera el conflicto de competencias a favor de dicha jurisdicción; sin embargo, por vía de la acción constitucional, que siempre resulta efectiva en estos casos, el acusado demanda la decisión del Consejo Superior de la Judicatura por considerarla violatoria de sus derechos al debido proceso y a la jurisdicción especial indígena pues, a su juicio, reúne los elementos que le otorgan el fuero especial indígena y, de hecho, la Corte corrobora este hecho y lo encuentra probado, por lo que vuelve a encontrar motivos suficientes para revocar las sentencias de instancia y de solución al conflicto positivo de competencias para, en su lugar, conceder el conocimiento del asunto a la jurisdicción especial indígena. Hasta este punto, la Corte casi volvió el asunto un proceso mecánico, como se ha puesto de presente en esta sección.

### **Equidad: el punto de partida en la justicia**

Rawls hace una concesión para establecer el punto de partida de su teoría; él, al igual que lo hicieron autores clásicos como Rousseau y Hobbes, usa un modelo contractualista, solo que, en esta oportunidad, existe una *posición original*, en la que los hombres y mujeres son cubiertos temporalmente por un *velo de la ignorancia*:

Las partes no conocen ciertos hechos determinados. Ante todo, nadie conoce su lugar en la sociedad, su posición o clase social, tampoco saben cuál será su suerte en la distribución de talentos y capacidades naturales, su inteligencia y su fuerza, etc. Igualmente, nadie conoce su propia concepción del bien, ni los detalles de su plan racional de vida, ni siquiera los rasgos particulares de su propia psicología, tales como su aversión al riesgo o su tendencia al pesimismo o al optimismo. Más, todas las partes no conocen las circunstancias particulares de su propia sociedad. Esto es, no conocen su situación política y económica, ni el nivel de cultura y civilización que han sido capaces de alcanzar. Las personas en la posición original no tienen ninguna información de a qué generación pertenecen. (Rawls, 1995, pp. 135-136)



La posición original es similar al estado de naturaleza de Rousseau, en el entendido de que ambos autores comparten el supuesto en el que los agentes que pactan el contrato son individuos naturalmente sociables, por decirlo de alguna manera, porque en la versión de Rawls se denomina *consenso* y en la obra *El Contrato Social* Rousseau lo explica de la siguiente forma:

Cuando las ideas de los hombres empezaron a extenderse y a multiplicarse y se estableció entre ellos una comunicación más estrecha, buscaron signos más numerosos y un lenguaje más extenso. [...] Los hombres idearon al fin su sustitución por las articulaciones de la voz, [...] sustitución que no pudo llevarse a cabo sino por consenso común. (Rousseau, 2002, p. 91)

La intención de Rawls es persuadir a los lectores de que, en la posición original, los hombres y mujeres elegirían dos principios de justicia que son los que más favorecen su propio interés en el orden estricto propuesto por el autor, es decir, no es aceptable defender el segundo principio sin haber garantizado el primero:

(i) Cada persona tiene el mismo derecho a un esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales, que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos [...] (ii) Las desigualdades sociales y económicas deben satisfacer dos condiciones. En primer lugar, deben estar asociadas a cargos y posiciones abiertos a todos en las condiciones de justa igualdad de oportunidades; y, en segundo lugar, deben procurar el mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad. (Rawls, 1981, p. 5)

Por tener en su naturaleza implícitos esos dos principios, ninguno de los miembros puede alegar luego que se adhirió haciendo un mal cálculo de aquello que representaba su interés, porque el contrato es un argumento en sí mismo para exigir que se le respete, pero, de ello no se sigue que existan reglas preestablecidas en aquel, a las cuales no se haya hecho mención y que tengan que ver, por ejemplo, con una situación de desacuerdo entre los contratantes que los lleve a una salida cargada de equidad y sensatez.<sup>16</sup> Lo importante por rescatar es que después de que se pacte el acuerdo y de que existan condiciones ajenas a la voluntad que varíen las originales, no se le puede exigir a alguna de las partes contratantes volver al estado original del contrato por medio de la coerción. Al sitio que se desea llegar es a la idea del consenso traslapado, en el que converge una pluralidad de doctrinas comprensivas razonables, opuestas entre sí y cada

16 Dworkin explica muy bien este punto con el siguiente ejemplo: en una situación hipotética de un juego de naipes entre él y el lector, en el que en pleno juego se enteran de que en la baraja falta una carta, uno de los jugadores sugiere que se termine el juego luego de conocer el percamce, para lo que el otro jugador puede no acceder a la sugerencia si así lo desea, debido a que no está en la obligación de hacerlo porque no se estableció como regla al iniciar el juego la hipotética situación de que faltare un naípe en la baraja; lo que pasa, –afirma Dworkin–, es que se hace uso de un recurso hipotético que lleva a una solución equitativa y con sensatez tan obvias que solo alguien con un interés contrario podría estar en desacuerdo con ella. (Dworkin, 1977, p. 151)

una con su propia concepción del bien, pues aun encontrándose bajo el velo de la ignorancia, pese a que los agentes desconocen las características mencionadas por Rawls, son seres racionales.

Adoptar la figura del consenso le produjo a Rawls cierta comodidad para poder responder a muchas críticas que se le hicieron a su teoría pues, a partir de ella, cerró todos los caminos al preguntar si ¿con todas las características que les había puesto a los agentes en la posición original serían capaces de elegir principios distintos a los dos que él había propuesto?, por más utópica que les pareciera a los críticos, la verdad era que la teoría estaba blindada. Sin embargo, Chantal Mouffe, siguiendo una postura schmittiana, criticó que los consensos en un contexto político real no funcionan de una forma tan diplomática como en la versión de Rawls (Grueso, 2005, p. 19); para ello, elaboró su argumento con la noción de amigoenemigo.

Lo que esta autora propuso fue que Rawls había hecho filosofía política sin el elemento político, queriendo decir que la política no es de consensos fácilmente mitigables, que difícilmente en un pacto que negocie una teoría de la justicia en la que se proponen puntos de vista radicalmente distintos, los individuos sean capaces de renunciar a valores sagrados en aras de hacer efectivo el consenso que construye el pacto (Mouffe, 1999).

Para Rawls, la idea de *razón pública* resuelve las diferencias entre las distintas visiones comprensivas del mundo, esta razón pública emplea los valores que racionalmente todos los ciudadanos aceptarían y serían los valores políticos liberales, de tal modo que, en el momento de debatir cuestiones políticas fundamentales, quedan por fuera los compromisos de cada ciudadano con su doctrina particular, poniéndola en un plano meramente endógeno. Para Mouffe (1999), ese es el pecado capital de Rawls y su crítica es importante porque permite aproximar al escenario colombiano la teoría rawlsiana de la justicia.

La ciudadanía se ejerce en dos escenarios: uno jurídico y otro político. Rawls explica el ámbito político de esta categoría en una perspectiva liberal, todo su esfuerzo argumentativo está orientado a defender las libertades individuales, mientras que el escenario jurídico de la ciudadanía se reduce al estatus como tal, con el que se le dice a la comunidad política que el individuo es portador de ese derecho. El profesor Aristides Obando lo describe así:

La persona política es el ciudadano. Este concepto connota la posición que alguien alcanza con el respaldo del Estado para actuar en la esfera pública. Se trata de un estatus que, desde el punto de vista jurídico, es estático en tanto que la persona es portadora de derechos, pero que, desde el punto de vista político, es concebido como una práctica en constante proceso. Por

ser institucional, Rawls lo presenta como susceptible de ser compartido por diferentes concepciones acerca de la persona, sean estas de índole moral, religiosa y filosófica y, por ende, apto para fundamentar el posible consenso sobre la justicia como imparcialidad. (Obando-Cabezas, 2005, p. 84)

El enfoque rawlsiano de la justicia como *equidad* y particularmente la idea de *posición original* es un aspecto teórico que, en la historia de Colombia, se materializó con la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. A este respecto, se puede entender la marcada influencia de Rawls sobre el proceso constitucional colombiano ya referido en muchos apartados de su obra, por ejemplo:

Un segundo sentido en el que los ciudadanos se conciben a sí mismos como libres es que se entienden como fuentes autoautentificadoras de exigencias válidas. Es decir, se ven a sí mismos con derecho a presentar exigencias a sus instituciones con ánimo de promover sus concepciones del bien (siempre que esas concepciones caigan dentro del espectro permitido por la concepción política de la justicia). Los ciudadanos entienden que esas exigencias tienen peso propio, independientemente de que se deriven de deberes y obligaciones definidos por una concepción política de la justicia, por ejemplo, de deberes y obligaciones para con la sociedad. Las exigencias que los ciudadanos creen fundadas en deberes y obligaciones derivados de su concepción del bien y de la doctrina moral que profesan en su propia vida también deben contar, para nuestros presentes propósitos, como autoautentificadoras. Es razonable proceder así, tratándose de una concepción política de la justicia para una democracia constitucional, pues siempre que las concepciones del bien defendidas por los ciudadanos sean compatibles con la concepción pública de la justicia, esos deberes y obligaciones serán autoautentificatorios desde un punto de vista político. (Rawls, 2002, p. 48)

La Asamblea Nacional Constituyente de 1991 puede tomarse como un buen ejemplo de la teoría de la justicia de Rawls, en la medida en que al pacto político fueron llamados diversos sectores de la población colombiana para ser partícipes en la construcción de la naciente Constitución Política; indígenas, afros, empresarios, sindicalistas, homosexuales, entre otros grupos defendieron sus identidades para buscar un modelo de Estado que garantizara sus derechos y libertades, así la sociedad colombiana adoptó la idea del Estado social de derecho que siguió conservando muchos de los principios más plausibles del Estado liberal, pero, esta vez, con un compromiso social que pusiera a los grupos minoritarios en igualdad de condiciones. Una solución a esto fueron las acciones afirmativas con las que se reconocieron cuotas a los grupos históricamente marginados para que se hiciera efectiva la equidad más allá de una visión simplista de la igualdad liberal.

No obstante, al pacto político de 1991 no llegaron gratuitamente los colectivos identitarios por el llamado democrático de una comunidad política consciente de la pluralidad de sus individuos, es decir, el reconocimiento de estos grupos costó sangre y una verdadera lucha y ahí es que se materializa la crítica de Mouffe a Rawls; sin embargo, en la hora del pacto se logró una salida con el consenso que se vio en la Constitución Política de 1991.

Los movimientos sociales que lograron reconocimiento especial en el nuevo pacto político lograron vencer la neutralidad valorativa del Estado implícita en la igualdad formal ante la ley, llevando a que el liberalismo se reformulara en ciertas banderas, como el excesivo individualismo que se había vuelto teóricamente insostenible para la realidad contemporánea, sin que nadie pudiese admitir que este paradigma había sido vencido porque, de hecho, no ha sido así. En este mismo horizonte lo señala el profesor Arístides Obando cuando afirma que:

[...] Ese intento fundacional de la justicia política resulta problemático porque la ciudadanía en general es una categoría políticamente excluyente, y en sus distintas versiones (liberal, republicana, comunitarista, entre otras) puede ser moralmente incongruente con la experiencia política concreta, respecto a los individuos históricamente situados en el contexto de las comunidades (étnicas) a las que pertenecen. Esto compromete la estabilidad y la legitimidad del ordenamiento político democrático, porque para ello se requieren criterios de justicia cuya base fundacional sea libremente aceptada, compartida y que involucre indiscriminadamente a todos los miembros de la sociedad sin importar sus contingencias, incluso políticas. El problema consiste en que la ciudadanía, como dimensión política de la persona, del modo como se concibe en la teoría liberal, expresa la idea de sujeto independiente de sus vínculos con la comunidad (de tipo étnicos) a la que pertenece, y en la cual se configuran su identidad, necesidades y objetivos, que a la postre dan sentido a su participación en el escenario público de la sociedad. Esto quiere decir, entre otras cosas, que la ciudadanía pese a ser una identidad pública, no puede desligarse de las identidades no públicas de las personas ¿Cómo incorporar estas otras identidades en la ciudadanía? (Obando-Cabezas, 2010, pp. 148-149)

La justicia como equidad pasó a primera plana en las agendas del Estado colombiano con programas como Familias en Acción, los cupos especiales para el ingreso a la educación superior, el plan de vivienda gratuita, los títulos de tierras para afrodescendientes en la cuenca del Pacífico y el reconocimiento de la autonomía de las instituciones indígenas a través de la jurisdicción especial; todo esto se logró sin que para ello se clausuraran las libertades individuales de los demás colombianos, sin acabar con el equilibrio de poderes, sin desaparecer la propiedad privada, sin acabar el libre mercado y sin desaparecer los demás cimientos del liberalismo político.

## De la equidad al reconocimiento: las nuevas dinámicas de la justicia

Las bases que sentó Rawls con su enfoque de la justicia fueron decisivas para una nueva generación de filósofos que intentaban responder los problemas abiertos por ese autor y que no pudo resolver por su encuentro con la muerte. Rawls había sido un pensador inscrito en la tradición del pensamiento anglosajón y, al otro lado del Caribe, habían nacido tres generaciones de pensadores en la famosa Escuela de Fráncfort que se encargaron de revitalizar las obras de tres autores clásicos para el pensamiento alemán, Marx, Freud y Hegel.

Axel Honneth es el pensador más conspicuo de la tercera generación de la Escuela de Fráncfort y se ha encargado de construir una teoría del reconocimiento, desempolvando un pasaje denominado: “[...] dialéctica del amo y del esclavo” (Hegel, 1966). En ese pasaje se dan las primeras pistas para la construcción de una teoría del reconocimiento, pero esa lucha por el reconocimiento que teoriza Hegel se da en el campo del vencedor y el vencido, es decir, quien derrote a su contrincante podrá construir en la conciencia del vencido el reconocimiento de superioridad que lo convierte en su esclavo.

El trabajo de Honneth consiste en mostrar que: “[...] es a través de luchas moralmente motivadas de los grupos sociales –su intento colectivo por establecer formas de reconocimiento institucional y cultural– que se da el cambio en las sociedades” (Honneth, 1997, p. 93); esto quiere decir que para Honneth el punto de partida del reconocimiento con el elemento social tiene que ver con la idea de que: “[...] buena parte de las luchas sociales se genera en expectativas frustradas de un debido reconocimiento, que son luchas impulsadas por la herida moral que produce este tipo de frustraciones” (Grueso, 2015, pp. 26-27). Es por eso por lo que el impulso de las luchas por el reconocimiento *honnethianas* tienen una dimensión tripartita originada en el daño moral, que consiste en: (i) la humillación física como la tortura o la violación: “[...] ya que lo privan de la autonomía física en su relación consigo mismo y, con ello, destruyen una parte de su confianza básica en el mundo” (Honneth, 2010, p. 24); (ii) la privación de derechos y la exclusión social, que entraña una humillación dentro de una comunidad cuando a un hombre:

[...] no se le concede la imputabilidad moral de una persona jurídica de pleno valor. En consecuencia, a esta forma de menosprecio le debe corresponder una relación de reconocimiento recíproco en la que el individuo aprende a considerarse, desde el punto de vista de los otros participantes en la interacción, titular de los mismos derechos que estos. (Honneth, 2010, p. 26)

En este sentido se aproxima Honneth a Berlin cuando embarcado en “la búsqueda de reconocimiento” sostiene que:

No soy una razón incorpórea. Ni soy un Robinson Crusoe, solo en su isla. No se trata solamente de que mi vida material dependa de la interacción con otros hombres, sino de que algunas de mis ideas sobre mí mismo, quizá todas, y en particular la concepción que tengo de mi propia identidad moral y social, son solo inteligibles en los términos de la red social a la que pertenezco (aunque esta última metáfora no ha de llevarse demasiado lejos). (Berlin, 2014, pp. 113-114)

Por último, Honneth distingue sobre las clases de menosprecio, (iii) la degradación del valor social de formas de autorrealización, que son patrones de devaluación valorativa de ciertas acciones o formas de vida que: “[...] tienen para los individuos afectados la consecuencia de que no se pueden remitir, a través del fenómeno positivo de la apreciación social, a las capacidades adquiridas a lo largo de su vida” (Honneth, 2010, p. 28)

Es por ello por lo que a esta forma de menosprecio le corresponde, como relación de reconocimiento que puede ayudar al individuo a adquirir una forma de autoestima de este tipo, una relación de aprobación solidaria y apreciación de las capacidades y formas de vida desarrolladas individualmente. En ella, los individuos y sus especificidades individuales encontrarían, como personas individualizadas a lo largo del transcurso de su vida, el reconocimiento de la exhortación recíproca. (Honneth, 2010, p. 28)

Por desgracia, no se pretende hacer un análisis más profundo sobre esa importante teoría del reconocimiento construida por Axel Honneth porque el horizonte problemático de este trabajo se explica mejor desde los desarrollos teóricos hechos por autores norteamericanos, esto a razón de que el punto de partida de Honneth no se aproxima a la realidad política colombiana, es decir, el reconocimiento de la jurisdicción especial indígena o de cualquiera de los grupos minoritarios aforados en la Constitución de 1991 no se produjo por el resultado de una lucha que dejara un vencedor y un vencido, sino que más bien la lucha por el reconocimiento de esos grupos, pese a que costó muchas vidas, se produjo por un simbolismo de los movimientos sociales y políticos y del lenguaje que sembró en la conciencia de la ciudadanía colombiana la pluralidad de su comunidad política. Así que la remisión a la dialéctica del amo y del esclavo no es ineludible para filosofar sobre la categoría del reconocimiento en la justicia.

El paradigma filosófico en el que se mueve la realidad política colombiana se inscribe en una tradición heredada a partir de la teoría de la justicia rawlsiana, que inspiró a enfoques como el feminismo, desarrollado especialmente por autoras como Iris Marion Young y Nancy Fraser, pero, especialmente el reconocimiento de Estados multiculturales, en los que la categoría de *nacionalismo* toma otro horizonte menos reduccionista para hacerle frente a los reclamos de los grupos étnicos invisibilizados históricamente por el Estado liberal. El profesor Nelson Cuchumbé anota que:

Esta idea de ensanchamiento del Estado tiene un punto de partida que no puede inscribirse en una racionalidad práctica procedimental fundada en un esquema de normas universales, sino en una racionalidad práctica sustantiva que privilegia los derechos colectivos y el contexto sociocultural como determinantes en la cohesión grupal y la realización individual y colectiva. (Cuchumbé, 2012, p. 58)

Esta cita simplifica la razón por la que la Corte Constitucional se inscribe en lo que se ha denominado *el nuevo derecho*, en el que el formalismo jurídico pasa a un segundo plano y una posición sociológica emerge para hacerle frente a las dinámicas del contexto contemporáneo, donde los jueces son conscientes de su papel como actores en la construcción de un Estado más equitativo y en el que estos garantizan los compromisos suscritos con los grupos minoritarios en la agenda constituyente de 1991. Sin embargo, lo que Cuchumbé presenta en esa cita es una conclusión epistémica sobre los alcances del liberalismo político, en la que se abandona la idea de que el individuo es el epicentro de preocupación del Estado y se adopta el compromiso social que aparece con las nuevas dinámicas del pensamiento y los movimientos contemporáneos que confían en que el liberalismo, con todo y su miseria, revise sus cimientos y pueda ser protagonista en la formulación de una teoría de la justicia con un enfoque de reconocimiento.

Sin embargo, el cambio de perspectiva liberal se puede clasificar en tres momentos hasta llegar al multiculturalismo, cuando se trata de hablar respecto de los derechos minoritarios. Joseph Raz (2001) indica que a la reinención del liberalismo político contemporáneo se llegó en las siguientes etapas: (i) la tolerancia; (ii) la determinación de un derecho individual contra la discriminación basada en la nacionalidad, la raza, origen étnico o religión, o en el género o preferencias sexuales; y, (iii) la afirmación del multiculturalismo. Así, para este autor, el primer momento al que denomina la actitud y la política de la tolerancia se rezaga bastante en los anaqueles de los principios liberales, en tanto se otorga siempre que, pareciera ser, los modos de vida no salgan del ámbito privado al público. Es por ello por lo que este momento lo define Raz como la posibilidad de que las minorías: “[...] se conduzcan de la manera que deseen sin ser penalizadas, en tanto no interfieran con la cultura de la mayoría, ni con la capacidad de los miembros de la mayoría de gozar de los estilos de vida de su cultura” (Raz, 2001, p. 187).

Eventualmente se pasó de la complementación a, tal vez, el reemplazo de la tolerancia a la determinación de un derecho individual contra la discriminación basada en la nacionalidad, raza, origen étnico o religión, o en el género o preferencias sexuales; que es el segundo enfoque de este autor. Este derecho corresponde a: “[...] una extensión natural [...] de los derechos civiles y políticos constitucionales” (Raz, 2001, p. 187); este tipo de derechos van más allá de la mera tolerancia porque la sociedad mayoritaria ya no se reserva la libertad de



excluir a las minorías de sus escuelas, lugares de empleo, barrios residenciales, entre otros, por lo que se configura como premisa fundamental de estos derechos contra la discriminación que:

[...] toleran normalmente una medida de discriminación en nuestros asuntos privados. Pero bajo un régimen escrupuloso de no discriminación, los servicios públicos de un país, su educación y los terrenos político y económico ya no son reservados para la mayoría, sino que son comunes a todos sus miembros en tanto individuos. (Raz, 2001, p. 187)

El último enfoque es la afirmación del *multiculturalismo*, el cual aplica celosamente a ciertas circunstancias de cada país siempre que: “[...] los grupos de cada cultura [...] dese[en] mantener su identidad separada” (Raz, 2001, p. 188), pero, sin dejar de compartir los mismos espacios públicos y servicios comunes como el trabajo y la recreación; y siempre que tengan: “[...] capacidad de perpetuarse” (Raz, 2001, p. 188).

Por otra parte, vale la pena advertir que no es prudente hablar de una teoría del reconocimiento que dé cuenta de todos los intereses de los grupos minoritarios o de las identidades colectivas, esto es así porque cada grupo humano que demanda reconocimiento ha sufrido condiciones particulares de exclusión social y no es posible establecer una singularidad objetiva en los supuestos fácticos que determinan la lucha por el reconocimiento de, por ejemplo, las feministas, los afrodescendientes, los indígenas, los desplazados, entre otros. Además, resulta peligroso porque la categoría de reconocimiento emerge de un contexto beligerante y el reduccionismo puede resultar engañoso y ocasionar violencias sociales, a este respecto ha dicho Amartya Sen que:

Con frecuencia está presente en los pensadores comunitaristas y en los teóricos de política cultural a quienes les gusta dividir a la población mundial en categorías según civilizaciones. Las complejidades de los grupos plurales y las múltiples lealtades desaparecen al ver a cada persona firmemente incorporada en una sola filiación, reemplazando la riqueza de llevar una vida humana abundante con la estrechez estereotipada de insistir en que toda aquella persona está “situada” exclusivamente en un grupo orgánico. (Sen, 2015, p. 45)

Es por eso por lo que el objetivo de este trabajo es modesto y consciente de que no puede haber una teoría del reconocimiento homogeneizante que dé cuenta de siquiera todas las dinámicas identitarias de Colombia. Sin embargo, se estima que por lo menos se puedan dar luces de una teoría del reconocimiento para este grupo identitario indígena, al menos en lo que respecta a las demandas jurisdiccionales de reconocimiento de sus usos y costumbres. En la siguiente

sección, el trabajo se centrará en categorías del reconocimiento que permiten pensar ese paradigma en grupos etnoculturales que son los que inspiraron este trabajo monográfico y que han sido desarrollados fundamentalmente por un autor rawlsiano llamado Will Kymlicka.

## El reconocimiento etnocultural

La jurisprudencia constitucional colombiana se ha preocupado por cumplir los compromisos acordados en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, cuando los pueblos indígenas gozaron de una destacada participación en el pacto político que reconoció derechos especiales tendientes a mitigar las presiones históricas cometidas por el Estado a grupos minoritarios como ellos.

Si bien el Estado reconoce la existencia de la justicia indígena, no puede decirse por ello que está promoviendo un pluralismo jurídico: a lo sumo está reconociendo otros actores diferentes a los del Estado para que regulen conflictos. Esta situación, no tan evidente, del solo reconocimiento de la juridicidad indígena y no de la facultad para producir derecho, se visualiza en situaciones en [las] que esos sistemas jurídicos de las comunidades indígenas se confrontan con situaciones en las que el Estado colombiano apela a los postulados de la protección de la integridad nacional en beneficio de la “colectividad” para imponer su monopolio en la producción del derecho y de su violencia legítima. (Sánchez Botero, 2010, p. 120)

Lo que Sánchez Botero, perito en asuntos indígenas ante la Corte Constitucional, explica en la cita es que en Colombia no se puede hablar de un *pluralismo jurídico*, porque la organización del Estado no da espacio a los mecanismos judiciales indígenas dentro de los litigios. Basta echar un vistazo al análisis jurisprudencial que se hizo en el primer capítulo para darse cuenta de que al derecho no le interesa saber qué sucede al interior del proceso adelantado dentro de esa jurisdicción especial; al Estado le basta con reconocerles su autonomía y los mecanismos propios de cada resguardo, sin integrar por ello, dichos mecanismos a la conciencia de los jueces ordinarios para evitar desde los inicios del proceso, la vulneración del principio *non bis in idem*.

En esta sección se analizan las categorías filosófico-políticas que, desde el liberalismo político, permiten pensar el derecho a la jurisdicción especial indígena; el objetivo es aproximar ciertas categorías que no representan una visión utópica de las conquistas políticas etnoculturales, sino que más bien podrían representar los cimientos sobre los que se construyeron los elementos y principios del derecho a la jurisdicción especial indígena.

El reconocimiento etnocultural orbita sobre la categoría de *identidad*, que se vuelve problemática para los Estados liberales puros cuando las minorías étnicas despliegan movimientos sociales exigiendo que la cultura mayoritaria rígida las reconozca como sociedades distintas dentro de ese universo social. Estas luchas por el reconocimiento emprendieron además un debate filosófico político entre dos corrientes, el liberalismo y el comunitarismo, o simplemente entre individualistas y colectivistas, que giraba en torno a la libertad individual.

Los liberales insisten en que los individuos son libres de determinar su propio concepto de *vida buena*, aduciendo que el individuo es moralmente anterior a la comunidad:

La comunidad solo importa porque contribuye al bienestar de los individuos que la integran. Si estos individuos dejan de percibir que vale la pena mantener las prácticas culturales existentes, entonces la comunidad no posee ningún interés independiente en la preservación de dichas prácticas, y ningún derecho a impedir que los individuos las modifiquen o las rechacen. (Kymlicka, 2003, p. 31)

Mientras que los comunitaristas discuten que:

Las personas están incrustadas en roles y relaciones sociales particulares. Estos roles incrustados no conforman ni se plantean su propio concepto de la vida buena; por el contrario, heredan un modo de vida que define lo que es bueno para ellos. En vez de ver las prácticas grupales como el producto de las elecciones individuales, los comunitaristas consideran a los individuos el producto de las prácticas sociales. Además, a menudo niegan que los intereses de las comunidades puedan reducirse a los intereses que las integran. Por consiguiente, el hecho de privilegiar la autonomía individual se considera un factor de destrucción de las comunidades. (Kymlicka, 2003, p. 31)

Kymlicka no está en ninguno de esos extremos, propone, por su parte, equilibrar estos paradigmas para hacerle frente a las actuales realidades democráticas occidentales, pues según él, la mayoría de los grupos etnoculturales no quieren que se les proteja alejando a su comunidad de las mayorías, sin tener relación social y política con el resto del Estado: “[...] estas minorías etnoculturales desean inclusión y plena participación en la corriente principal de las sociedades liberal democráticas, con acceso a su educación, su tecnología, su literatura, sus medios de comunicación de masas, etc.” (Kymlicka, 2003, p. 33). Para este autor, el compromiso con la autonomía individual es profundo y extenso en las sociedades modernas y atraviesa las barreras étnicas, lingüísticas y religiosas;

esto es así porque muchas minorías comparten los principios liberales básicos y necesitan, pese a todo, las acciones afirmativas.

Este es el caso de Colombia, porque la exclusión política de los indígenas, hasta antes de 1991, opacó las formas alternativas de supervivencia que mantuvieron su cultura y tradiciones a flote: “[...] donde las instituciones y formas solidarias que se dan al interior de las mismas tuvieron que reforzarse y constituirse en indispensables para vivir y desplazarse en un medio en el que impera el individualismo y la falta de solidaridad”. (Sánchez Botero, 2010, p. 169)

Para explicar la propuesta de Will Kymlicka, filósofo político canadiense, este configura las siguientes categorías filosóficas dentro de un marco liberal que reconozca los derechos de las minorías etnoculturales.

### **Nacionalismo minoritario**

El camino hacia la construcción de una cultura societal que pueda ser reconocida por el Estado empieza en el nacionalismo minoritario, hay que construir una nacionalidad fuerte como pueblo y para ello es indispensable ejercer un control sobre la lengua utilizada en la función pública y la escuela y, sobre la definición de las fronteras internas. Cuando se habla de naciones minoritarias se hace referencia a aquellas que por procesos de colonización y conquista fueron involuntariamente incorporadas a un Estado más amplio.

Los procesos de construcción nacional deben respetar estos límites que impone el liberalismo político para que su proceso sea legítimo (Kymlicka, 2003, pp. 44-45):

- Queda vetado cualquier intento de limpieza étnica.
- Queda prohibida toda tentación de despojar de su ciudadanía a las personas.
- Queda prohibida la violación de los derechos humanos.
- Se debe respetar el derecho de otras naciones internas a su jurisdicción a proteger y construir sus propias instituciones nacionales.

La situación que concierne a las pretensiones de autogobierno de las minorías nacionales es más complicada, debido a que estas pretensiones implican la construcción de instituciones separadas y el robustecimiento de una identidad nacional distinta, desnaturalizando la máxima del fortalecimiento de la unidad nacional establecida en el Preámbulo de la Constitución Política, de ahí que surja el fenómeno de unos nacionalismos en competencia dentro del mismo Estado, como es el caso de los

indígenas y los afrocolombianos en la Cuenca del Pacífico después de la Ley 70 de 1993, que reconoció derechos de tierras a los afros en esa zona del país, en la que también hay resguardos indígenas: no obstante, la ley fue respetuosa de esas comunidades indígenas que se encuentran legalmente constituidas.

Para cualquier Estado es una tarea profundamente difícil aprender a gestionar ese fenómeno, no obstante, incluso aquí existen evidencias significativas de que el reconocimiento del autogobierno a las minorías nacionales apoya, más que amenaza, la estabilidad política. “Es la negativa a reconocer autonomía a las minorías nacionales, o aún peor, la decisión de retirar una autonomía ya existente, lo que conduce a la inestabilidad, no el reconocimiento de sus derechos”. (Gurr, 1993, p. 71)

La idea de *nacionalismo liberal* permite actividades políticas dirigidas a dar espacio a un carácter nacional distinto. La gente es libre de alentar la adopción de una lengua oficial diferente, o incluso de procurar la secesión de una región con el fin de construir un Estado separado. El nacionalismo liberal no es agresivo y no trata de dismantelar las instituciones de autogobierno de otros grupos nacionales dentro del mismo Estado o en otros Estados. Por consiguiente, el nacionalismo liberal está dispuesto a conceder reconocimiento público a aquellas minorías nacionales que, dentro del Estado, insistan coherente y democráticamente en su diferencia nacional, y también dispuesto a compartir el espacio público con ellas.

Los grupos territorialmente concentrados que se vieron involuntariamente incorporados al Estado no quedan obligados a adoptar la identidad nacional de la mayoría. Si grupos como los Misak, Arhuaco, Kogui, Emberá, Inga, Nasa, Coyaima, entre otros, se consideran a sí mismos naciones distintas dentro del Estado colombiano, entonces su diferencia nacional quedará reconocida en la vida pública y en los símbolos públicos mediante elementos tales como el carácter oficial de su lengua, los derechos de autogobierno y el reconocimiento de sus diferentes tradiciones jurídicas.

## Conclusiones

La lucha por el reconocimiento de la jurisdicción especial indígena se libra en medio de otra disputa por el control de las fuentes del derecho. Esta beligerancia judicial batalla por la jerarquía de las providencias a través de la transformación discursiva que sobre el andamiaje de los derechos fundamentales se han convertido en obligatorios los precedentes jurisprudenciales. En otras palabras, los problemas jurídicos sobre la colisión de derechos fundamentales, como en el caso del derecho al juez natural contra la primacía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, son los escenarios desde los cuales la Corte Constitucional se ha hecho protagonista en la defensa de los derechos humanos y los derechos

fundamentales que el formalismo judicial de otras corporaciones como la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura niegan, so pretexto de la interpretación restrictiva o exegética que se tiene que hacer de norma jurídica.

La Corte Constitucional se da las licencias de interpretar las normas jurídicas de forma progresista porque tiene muy claro que su papel como institución dentro del engranaje del Estado social de derecho adquiere un carácter más político, sin negar con esto que su ámbito de operación pertenece al poder judicial; es por esto que existe una fractura entre las distintas jurisdicciones que conforman el poder judicial, sin que se dé esa colaboración armónica a la que exhorta la Constitución Política. De hecho, es una entidad que, como el Gobierno, toma decisiones que fijan la ruta de los designios del país, pero, su forma de hacerlo es con los límites que le impone el derecho, aunque parezca que todo el tiempo esté ensanchando sus fronteras.

Ese aspecto fundamental que, aunque el punto de partida sea un problema que *prima facie* parece asunto del derecho como disciplina, en realidad, y no muy en el fondo, se encuentra que, por tratarse de aspectos sobre el poder y la lucha por el reconocimiento, hay que socavar las fibras de la filosofía política porque, de lo contrario, los interesados quedarían a merced de la línea jurisprudencial que disponga la Corte Constitucional de turno y serían solo espectadores pasivos de una historia escrita por jueces y abogados que no conocen ni a los que les interesan los procesos sociales y los problemas reales de su comunidad. Afortunadamente, los grupos minoritarios indígenas han sido los protagonistas de las conquistas políticas que se traducen en derechos fundamentales dentro de la Constitución Política de Colombia, por lo que el derecho ha sido un vehículo para materializar esas transformaciones y no un regidor despótico que opere desprovisto de las realidades de los ciudadanos que componen este Estado.

Lo cierto es que el papel protagónico de la Corte Constitucional ha sido clave en los desarrollos constitucionales posteriores a 1991, situación que ha calado en el robustecimiento de una doctrina europea denominada *el garantismo*, que no es otra cosa que la defensa y promoción política y judicial de los derechos fundamentales de los grupos minoritarios invisibilizados y marginados. Los casos difíciles que tienen entre manos los jueces requieren para considerarse como tales que exista una colisión de derechos fundamentales entre dos partes, por lo cual el garantismo constitucional conduce inexorablemente al juez de conocimiento que aplique un test de proporcionalidad para analizar el caso con herramientas teóricas que, básicamente, han sido desarrolladas por Luigi Ferrajoli y por Robert Alexy, el primero, por ejemplo, con los modelos de configuración jurídica de la diferencia, que tienen una repercusión poderosa en el análisis de casos sobre reconocimiento de grupos como el que es objeto de este estudio.

Es así como se evidencian las colisiones de principios y derechos fundamentales en distintas escalas jerárquicas del objeto del derecho como disciplina. Eso es lo que ha dejado ver no solo la colisión de posturas entre la Corte Constitucional frente a la Corte Suprema de Justicia a la hora de analizar el derecho al reconocimiento de la autonomía jurisdiccional, pues el debate no solo se reduce a ese aspecto, sino que riñe con las fibras de las fuentes mismas del derecho y con las tradiciones que marcan el rumbo de las prioridades en los sistemas de fuentes de los sistemas jurídicos en occidente.

No es una coincidencia que el derecho esté permeado por esas incertidumbres y progresismos, es un aspecto político que subyace de paradigmas liberales a veces tenues, pero, siempre sobre las bases de los pilares fundamentales del liberalismo político, es decir, la defensa de las libertades básicas, o que podría también incluirse en un lenguaje no tan rawlsiano y más cercano al Estado social de derecho como los derechos fundamentales que se le reconocen a la ciudadanía, como lo es el caso del reconocimiento étnico y cultural; la propiedad privada, que es un punto que no riñe en estricto sentido con la visión de comunitarismo que se le respeta a los indígenas y, de hecho, el territorio es considerado uno de los aspectos más representativos de la resistencia de estos pueblos, sin decir con esto que se enmarca en la lógica del liberalismo respecto de la propiedad.

El derecho al reconocimiento es una reivindicación de la justicia social, es además un compromiso del consenso ciudadano que dio vida a la Constitución Política de Colombia, y es por eso por lo que ese reconocimiento no se reduce a un aspecto o punto eminentemente jurídico, es una constante política porque se trata de un enfoque de la justicia, en el que se encuentran múltiples categorías filosóficas que han propuesto principalmente autores como John Rawls y Will Kymlicka.

El reconocimiento del derecho a la jurisdicción especial indígena es para el derecho una construcción filosófico política, más que de filosofía del derecho, pues las categorías y principios que lo componen brotan de las reivindicaciones sociales y la organización de unos pueblos étnicos que alzaron su voz en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 para lograr, una vez allí, el consenso político y democrático que les diera la autonomía jurisdiccional de llevar a conocimiento de sus propias autoridades comunitarias los procesos en los que se investigue la comisión de conductas punibles en el marco de sus usos y costumbres.

Ese reconocimiento de una justicia especial genera serios conflictos interjurisdiccionales, especialmente con la justicia ordinaria penal que se rehúsa, al parecer, a incorporar los cambios políticos y sociales introducidos a partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991 y el giro de las fuentes de derecho, en las que la jurisprudencia pasó de ser un mero criterio auxiliar a ser un precedente obligatorio. Motivo que lleva a concluir que tanto el Consejo Superior de la Judicatura como la

Corte Suprema de Justicia elevan su inconformidad como Altas Cortes de cierre de sus respectivas competencias a partir de la negación del reconocimiento de la jurisdicción especial indígena en todo y cuanto tiene que ver con el procedimiento ordinario penal y de resolución del conflicto de competencias.

El desgaste del aparato judicial en la vía ordinaria le es indiferente a la Corte Constitucional, que en sede de revisión de las acciones de tutela que llegan hasta ella, no tiene ninguna dificultad no solo para revocar todo lo actuado, sino para arrogarse, por sí misma, la posibilidad de decidir el conflicto de competencias a favor de la jurisdicción especial indígena. Reivindicando así los compromisos políticos pactados por el Estado colombiano en la Constituyente de 1991 y creando, además, principios o subreglas que suplan la deficiencia normativa y esclarezcan las condiciones para que se configure el reconocimiento de la jurisdicción especial indígena.

Para la Corte Constitucional, la conquista del derecho a la jurisdicción especial indígena se enmarca en el modelo filosófico del liberalismo político, por tratarse de una lucha por el reconocimiento y un proceso histórico pactado por medio de un consenso al modo rawlsiano, por lo que su fundamento o fin perseguido es la búsqueda de la justicia con un enfoque del reconocimiento etnocultural, el cual se configura a partir de categorías como el nacionalismo minoritario, el culturalismo, entre otros, pero, siempre dentro del margen del ensanchamiento que pueda tener el liberalismo político.

El reconocimiento de este derecho jurisdiccional especial lo enmarca la Corte Constitucional dentro de dicho paradigma filosófico político por la propia organización institucional del Estado colombiano. Así, aunque la Constitución lo denomine como *un Estado social de derecho*, lo cierto es que las categorías de multiculturalismo y pluralismo son una extensión que no riñe con los fundamentos últimos del liberalismo político, aunque no lo presente en la versión clásica de autores como Locke (2000); por lo que queda claro que el liberalismo, como andamiaje filosófico del capitalismo, es capaz de transformarse para no desaparecer, pero, sin dejar que se derrumben sus pilares de la defensa por la propiedad privada, la libertad individual y el libre mercado.

Los cambios jurisprudenciales que observamos, pese a mostrarse como grandes victorias para las reivindicaciones de estos pueblos, cuando todo parecía judicialmente perdido, no son suficiente para poder dar cuenta de un verdadero reconocimiento, efectivo y puntual. Pues, como se ha repetido constantemente, no sirve de mucho, para la dimensión plural –no de cada caso particular de cada acción de tutela– que la judicatura caiga en la cuenta de reconocer el derecho a la autonomía jurisdiccional luego de un desesperanzador agotamiento de todas las etapas ordinarias de un proceso penal, cuando debería hacerse *prima facie*.



## Referencias

- Berlin, I. (2014). *Dos conceptos de libertad. El fin justifica los medios Mi trayectoria intelectual*. (2.ª ed.). Alianza Editorial.
- Bernal-Pulido, C. (2008). *El neoconstitucionalismo a debate*. Universidad Externado de Colombia.
- Botero-Marino, C. (2002). Acción de tutela contra providencias judiciales en el ordenamiento jurídico colombiano. *Revista Precedente*, 3-45.
- Cajas Sarria, M. A. (2010). El minimalismo judicial de Sunstein: ¿un uso local por la Corte Constitucional? En: Sunstein, C. (Ed.), *Acuerdos carentes de una teoría completa en derecho constitucional y otros ensayos* (pp. 231-261). Universidad Icesi.
- Cruz-Rodríguez, M. (2017). *Altas cortes y clase política en Colombia: tres estudios de caso en perspectiva sociojurídica*. Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina (UNIJUS), Universidad Nacional de Colombia.
- Cuchumbé, N. (2012). *El Multiculturalismo de Charles Taylor y el Universalismo de los Derechos de Jürgen Habermas*. Programa editorial de la Universidad del Valle.
- Dworkin, R. (1977). *Taking rights seriously*. Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1993). *Ética privada e igualitarismo político*. Paidós.
- Gómez-Martínez, D. (2010). *Acción de tutela contra sentencia de casación: un análisis crítico*. Universidad Santiago de Cali.
- Grueso, D. (2005). *John Rawls: Legado de un pensamiento*. Universidad del Valle.
- Grueso, D. (2015). *Reconocimiento y Democracia. Desafíos de la Justicia*. Programa Editorial de la Universidad del Valle.
- Gurr, T. R. (1993). *Minorities at Risk: A Global View of Ethnopolitical Conflict*. United States Institute of Peace Press.
- Hegel, G. (1966). *Fenomenología del espíritu*. Fondo de Cultura Económica.

- Honneth, A. (1997). *The Struggles for Recognition: The Moral Grammar of Social Conflicts*. MIT Press.
- Honneth, A. (2010). *Reconocimiento y menosprecio. Sobre la fundamentación normativa de una teoría social*. Katz editores.
- Kymlicka, W. (2003). *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*. Paidós.
- Locke, J. (2014). *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Alianza editorial.
- López-Medina, D. (2012). Los principios jurídicos en el “viejo” y en el “nuevo” derecho. Examen del contraste entre el “rigor formal” y la “flexibilidad basada en principios” en la teoría jurídica romanística. *Revista de Derecho Privado*, 47, 1-24.
- Mouffe, C. (1999). *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*. Paidós.
- Obando-Cabezas, A. (2005). Persona política y el ciudadano moral. En Grueso-Vanegas D. (Ed.), *John Rawls legado de un pensamiento* (pp. 81-89). Colombia: Programa editorial de la Universidad del Valle.
- Obando-Cabezas, A. (2010). Justicia política y ciudadanía materialmente diferenciada. *Revista Jurídica Mario Alario D' Filippo*, 2(4), 147-160.
- Rawls, J. (1981). *The basic liberties and their priority*. University of Michigan.
- Rawls, J. (1995). *Teoría de la justicia*. (2.ª ed.). Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (2002). *La justicia como equidad. Una reformulación*. Paidós.
- Raz, J. (2001). *La ética en el ámbito público*. Gedisa.
- Rousseau, J. J. (2002). *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*. LIBSA.
- Sen, A. (2015). *Identidad y violencia. La ilusión del sentido*. Katz editores.
- Sentencia C-335. (16 de abril de 2008). Corte Constitucional. *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 413 de la Ley 599 de 2000. Referencia: expedientes D-6943 y D-6946*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-335-o8.htm>

- Sentencia T-617. (5 de agosto de 2010). Corte Constitucional. *Acción de tutela de Silvio Antonio Lagos Tovar contra la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura*. Referencia: expediente T-2.433.989. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-617-10.htm>
- Sentencia T-002. (11 de enero de 2012). Corte Constitucional. *Acciones de tutela instauradas por el resguardo indígena Nuestra Señora Candelaria de la Montaña y por el resguardo Indígena Chenche Socorro Los Guayabos*. Referencia: expedientes T-3120650 y T-3120654. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-002-12.htm>
- Sentencia T-921. (5 de diciembre de 2013). Corte Constitucional. *Tutela instaurada por el señor “Cesar” en contra del Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria, la Fiscalía Segunda Seccional de Riosucio, (Caldas) y el Juzgado Segundo penal del Circuito de Riosucio (Caldas)*. Referencia: T- 3.948.488. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-921-13.htm>
- Sentencia T-642. (4 de septiembre de 2014). Corte Constitucional. *Acción de tutela instaurada por Leonardo Gegary Tunugama contra el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué, Tolima*. Referencia: expediente T-4.235.252. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-642-14.htm>