

Pluralismo jurídico y derechos humanos: perspectivas críticas desde la política criminal

Cátedra de Investigación Científica
del Centro de Investigación en Política Criminal

11



Marcela Gutiérrez Quevedo
Ángela Marcela Olarte Delgado
Editoras

Universidad
Externado
de Colombia

Marcela Gutiérrez Quevedo
Ángela Marcela Olarte Delgado
Editoras

**Pluralismo jurídico
y derechos humanos:
perspectivas críticas
desde la política
criminal**

Universidad Externado de Colombia
Centro de Investigación en Política Criminal

Pluralismo jurídico y derechos humanos : perspectivas críticas desde la política criminal / Carolina Andrea Sierra Castillo [y otros] ; Marcela Gutiérrez Quevedo, Ángela Marcela Olarte Delgado (editoras). -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Política Criminal. 2020.

476 páginas : ilustraciones, gráficos ; 21 cm. (Cátedra de Investigación Científica del Centro de Investigación en Política Criminal ; 11)

Incluye referencias bibliográficas al final de cada capítulo.

ISBN: 9789587904604

1. Pluralismo jurídico – Colombia 2. Mujeres -- Aspectos jurídicos – Colombia 3. Feminismo -- Aspectos jurídicos – Colombia 4. Multiculturalismo -- Aspectos jurídicos – Colombia 5. Abuso sexual de menores – Colombia 6. Indígenas de Colombia -- Aspectos jurídicos I. Gutiérrez Quevedo, Marcela, editora II. Olarte Delgado, Ángela Marcela, editora II. Universidad Externado de Colombia III. Título IV. Serie.

364.4 SCDD 21

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. EAP.
Octubre de 2020

ISBN 978-958-790-460-4

- © 2020, MARCELA GUTIÉRREZ QUEVEDO Y
ÁNGELA MARCELA OLARTE DELGADO (EDS.)
© 2020, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá
Teléfono (57-1) 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: octubre de 2020

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones
Corrección de estilo: María José Díaz Granados M.
Composición: Precolombi EU, David Reyes
Impresión y encuadernación: DGP Editores S.A.S.
Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

EL TRANSITAR DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA EN COLOMBIA: DE LA JURISPRUDENCIA DE LAS CORTES COLOMBIANAS A LA CÁRCEL¹

ÁNGELA MARCELA OLARTE DELGADO²
ALDEMAR RAMOS VEGA³

RESUMEN

Este artículo busca examinar los obstáculos en el reconocimiento de la jurisdicción indígena por parte de las autoridades judiciales y penitenciarias, y sus efectos en la realización del pluralismo jurídico en Colombia. A partir de un análisis jurisprudencial de colisión de competencias se identifica la línea argumentativa del Consejo Superior de la

-
- 1 Este artículo fue realizado con la colaboración de la estudiante Sara Valentina Moreno, quien fue monitora del Centro de Investigación en Política Criminal durante el año 2019 y contribuyó con la sistematización de la información para el análisis jurisprudencial. Agradecemos también la colaboración de Diana Velazco, dragoneante del Inpec, quien aseguró el desarrollo de las sesiones en la Cárcel “La Modelo” de Bogotá.
 - 2 Abogada, Universidad Externado de Colombia; especialista en Cooperación Internacional y Proyectos de Desarrollo; estudios de Maestría en Estudios de Paz, Conflicto y Desarrollo, Universidad de Bradford, Reino Unido. Docente-investigadora del Centro de Investigación en Política Criminal. angela.olarte@uexternado.edu.co - <https://orcid.org/0000-0002-7169-5060>.
 - 3 Suboficial en retiro del Inpec; estudiante de derecho e investigador en aspectos penitenciarios y carcelarios. arave34@gmail.com

Judicatura y la interpretación de los elementos subjetivo y objetivo de la jurisdicción indígena, así como algunos fallos de la Corte Constitucional donde son contradictorias las posiciones frente al reconocimiento de dicha jurisdicción. En la segunda parte del artículo se introducen algunos resultados del proceso de formación colaborativa con los indígenas privados de la libertad en la Cárcel “La Modelo” de Bogotá, analizando los elementos culturales e identitarios como las justicias propias, sus autoridades tradicionales y su vida antes de la cárcel. Este análisis permite orientar la discusión hacia la necesidad de un verdadero diálogo entre la “justicia” indígena y la justicia ordinaria, que logre la realización material del pluralismo jurídico y permita fortalecer las identidades indígenas, que se ven debilitadas en su autonomía, lo cual se refleja en la población indígena privada de la libertad.

Palabras clave: jurisdicción indígena, jurisdicción ordinaria, pluralismo jurídico, multiculturalismo.

ABSTRACT

This article examines the obstacles in the recognition of the indigenous jurisdiction by the judicial and penitentiary authorities and, its effects in light of the legal pluralism in Colombia. Based on the analysis of the jurisprudence of the Consejo Superior de la Judicatura and the Constitutional Court, it is shown how the contradictions in their decisions affect compliance with indigenous jurisdiction. The second part of this article was a process of reflection along with the indigenous in “La Modelo” prison in Bogotá on the loss and denial of their identities in prisons.

Key words: Indigenous justice, ordinary justice, legal pluralism, multiculturalism.

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 246 de la Constitución Política de 1991 reconoce la jurisdicción indígena en virtud del pluralismo que invoca en su preámbulo, permitiendo la coexistencia de sistemas de justicia propia de los pueblos indígenas en Colombia, es decir, legitima la existencia de un orden normativo distinto al nacional, unas formas de regulación y unas autoridades que ejercen justicias propias en razón de la autonomía “concedida”.

Es de anotar que el reconocimiento constitucional de las funciones jurisdiccionales de los pueblos indígenas no se ha materializado de la misma forma en todos los pueblos, pues este proceso no fue producto de un diálogo intercultural y ha obedecido más a factores sociales, políticos e históricos de cada pueblo, lo que ha generado que, en algunos casos, estas justicias propias se tornen híbridas, en algunas ocasiones implementando aspectos de la justicia ordinaria y en otras reafirmando su diversidad y autonomía.

Esta hibridación se explica en la medida en que las sociedades modernas son “jurídica y judicialmente plurales” (Santos de Sousa, 2019, p. 195) y ubicarlas en un espacio y tiempo específico es una tarea compleja por las relaciones y las interacciones entre los diferentes ordenamientos jurídicos, que hacen porosas sus fronteras y permiten distintas concepciones y usos del derecho a la vez. Para el caso colombiano, las hibridaciones de las justicias propias han sido más el resultado de una imposición de la justicia mayoritaria que ha llevado a adoptar elementos del sistema normativo nacional para legitimar su ejercicio y reafirmar el reconocimiento de la autonomía de los pueblos indígenas.

Este trabajo surge de la necesidad de identificar por qué la jurisdicción indígena, a pesar de ser una institución viva, pierde legitimidad y visibilidad cuando se posiciona

entre distintos actores como las autoridades judiciales y penitenciarias. En este sentido, el artículo tiene como objetivo analizar los obstáculos que enfrenta la jurisdicción indígena cuando se presenta la colisión de competencias, así como los efectos de la negación de la jurisdicción y la identidad indígena en el ámbito penitenciario.

Para esto, en la primera parte se abordará un análisis de 117 sentencias del Consejo Superior de la Judicatura sobre colisión de competencias durante el periodo 2012-2018; específicamente se identificaron componentes como: la oportunidad de solicitud de la colisión de competencias, la autoridad o la institución que interpuso la colisión y la ubicación geográfica de donde proceden las autoridades que la interponen. Adicionalmente, se estudió la interpretación de los criterios subjetivo y objetivo por parte del Consejo Superior de la Judicatura; como complemento, se estudian sentencias de la Corte Constitucional en donde, por vía de tutela, se presentan algunas contradicciones en el reconocimiento de la jurisdicción indígena.

En la segunda parte se abordarán los efectos del no reconocimiento de la jurisdicción indígena desde la experiencia de los indígenas privados de la libertad. La orientación metodológica de esta parte fue participativa y se llevó a cabo en espacios flexibles de diálogo e interacción para el intercambio de saberes y conocimientos, realizada por medio de la formación colaborativa y solidaria sobre la identidad y justicias de los indígenas privados de la libertad en el establecimiento carcelario “La Modelo” en la ciudad de Bogotá⁴. Esta metodología permitió a los priva-

4 La formación solidaria y colaborativa fue liderada por el Centro de Investigación en Política Criminal, el Laboratorio de Medición Social y el Centro de Investigación de Dinámicas Sociales de la Universidad Externado de Colombia, con el consentimiento informado de los participantes; fueron seis módulos

dos de la libertad convertirse en investigadores activos e identificar necesidades de justicia a partir de sus relatos y experiencias. Esta parte del artículo no tiene la pretensión de generalizar los resultados, dado que la muestra representativa es baja y se acerca más a un estudio de caso, sin embargo, permite visibilizar la situación de los indígenas privados de la libertad e identificar las acciones de mejora por parte del sistema y los actores que intervienen en las fases de criminalización secundaria y terciaria.

2. LA JURISDICCIÓN INDÍGENA DESDE LA JURISPRUDENCIA DE LOS ALTOS TRIBUNALES EN COLOMBIA

Esta primera parte pretende analizar las decisiones del Consejo Superior de la Judicatura a partir de elementos como la oportunidad de solicitud de la colisión de competencias, la autoridad o la institución que la interpuso y la ubicación geográfica de donde proceden las autoridades que interponen la colisión. Lo anterior para determinar qué tan pluralistas son los precedentes que esta corporación está generando frente a la jurisdicción indígena, si estos incorporan conocimientos representados en prácticas sociales diversas, si hay elementos de diálogo o si, por el contrario, es producto de la adopción pacífica de elementos de la justicia ordinaria por parte de los pueblos indígenas, lo que reduce la colisión de competencias a una cuestión eminentemente procesal. En este caso no se pretende hacer

desarrollados en los que se trataron temas como: situación identitaria de los indígenas privados de la libertad, la cárcel y la cultura en la misma, actores en el ejercicio de la justicia propia, obstáculos de la jurisdicción indígena y el ejercicio de las justicias propias, enfoque diferencial y proyecto de vida. Los resultados que aquí se exponen corresponden el punto de vista de los autores y no representan la postura de las áreas que intervinieron en la investigación.

una compilación, como sucedió en el trabajo que realizó el Consejo Superior de la Judicatura en alianza con la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) para el periodo 1980-2006.

2.1. Hallazgos sobre las decisiones del Consejo Superior de la Judicatura

Los resultados arrojaron que el 93 % de las sentencias confirmaron la competencia de la jurisdicción ordinaria y únicamente el 2 % asignaron la competencia a la jurisdicción indígena. El 5 % restante fueron decisiones inhibitorias que se dieron por dos razones: la primera porque hubo un acuerdo entre las autoridades judicial y tradicional para que estas últimas conocieran de los casos, por lo que no se suscitó un conflicto de competencias y, la segunda, porque el momento procesal en el que se interpuso el conflicto fue diferente a la audiencia de formulación de acusación.

Frente a los delitos por los cuales solicitan la colisión de competencias para poder juzgar a sus miembros, la mayoría son: delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, especialmente el acceso carnal violento y acceso carnal abusivo con menor de 14 años (36 casos); los delitos contra la salud pública como el de fabricación, porte y tráfico de estupefacientes (20 casos); delitos contra la vida (16 casos) y en una menor proporción delitos contra el medio ambiente, contra la administración pública, contra el patrimonio económico, entre otros. En la primera clasificación de delitos no es posible establecer una coincidencia geográfica ya que estos se presentan en casi todos los departamentos (15), no pasa lo mismo con los delitos contra la salud pública relacionados con el narcotráfico, que están presentes en su mayoría en departamentos como Cauca, Nariño y Putumayo, donde las comunidades indígenas han estado

más expuestas al conflicto armado, la siembra de cultivos ilícitos, y la ocupación ilegal y el despojo de sus tierras, lo cual lo explicaremos más adelante.

Ahora bien, las consideraciones del Consejo Superior de la Judicatura, en su mayoría sustentadas en sentencias de la Corte Constitucional en sede de tutela, niegan la jurisdicción indígena específicamente por la ausencia de alguno de los requisitos constitucionales y jurisprudenciales de reconocimiento de la jurisdicción y el fuero indígenas como son: el subjetivo, el territorial, el institucional y el objetivo. A continuación, se estudiarán los elementos objetivo y subjetivo, los cuales en su mayoría sustentan las decisiones del Consejo Superior de la Judicatura.

2.1.1. Elemento objetivo: la necesidad de repensar los intereses de la sociedad mayoritaria⁵

Respecto a los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, cuando las víctimas son niños y niñas, el Consejo Superior de la Judicatura en la mayoría de los casos (23 de 36 estudiados) sustentó que estos los debía conocer la jurisdicción ordinaria frente al incumplimiento del elemento, objetivo el cual tiene relación con la naturaleza del bien jurídico tutelado. Este elemento señala que si el bien jurídico es de interés de la comunidad indígena este debería ser protegido por la comunidad; si, por el contrario, es de la sociedad mayoritaria, deberá ser conocido por la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, cuando el bien jurídico es de interés de la sociedad mayoritaria y de la

5 Para efectos de este artículo, la sociedad mayoritaria es aquella que impone sistemas económicos, sociales, políticos y culturales de manera hegemónica, y configura la vida, la conducta y los pensamientos.

comunidad indígena, se deben estudiar todos los criterios de la jurisdicción indígena (subjetivo, territorial, institucional) para evitar la impunidad (Corte Constitucional, Sentencia T-617 de 2010).

Pese a ello, el Consejo Superior de la Judicatura estableció que el delito violaba el interés superior del niño por su carácter prevalente sobre los demás, y al ser sujetos de especial protección constitucional, la actuación del Estado debía estar orientada al cumplimiento y garantía de estos derechos y, por tanto, debían ser de conocimiento de la jurisdicción ordinaria. En este análisis, sorprende que el Consejo Superior de la Judicatura mantenga los mismos argumentos, a pesar de que la Corte Constitucional haya matizado su postura a partir de 2010. Para la Corte, el criterio objetivo no se puede aplicar de manera automática, justificando, por ejemplo, el “interés de la sociedad mayoritaria” basado en la gravedad del delito, o la prevalencia del interés superior del niño frente a la autonomía de los pueblos indígenas. En efecto, la gravedad de la conducta no es óbice para negar la diversidad cultural y la capacidad que tienen los pueblos indígenas de juzgar estos hechos, pues esto sería transgredir el principio de maximización de las comunidades indígenas, de acuerdo con lo establecido por la Corte Constitucional en Sentencia T-002 de 2012.

De esta forma, la Corte advierte que existen casos de violencia sexual que han sido conocidos por las autoridades de los pueblos indígenas como en los resguardos de Mueses, Pastas y el de Túquerres, en la región suroccidental del país, que son objeto de revisión en la tutela T-617 de 2010. En estos casos se ha demostrado que existen otros criterios adicionales como el institucional, que verifican que al interior de las comunidades esté prevista la nocividad social de la conducta y el reproche, que también exista un

ejercicio de control y coerción social que sea predecible y previsible por parte de las autoridades tradicionales, y que exista la satisfacción de los derechos de las víctimas que aseguran que no haya impunidad (Corte Constitucional, Sentencia T- 617 de 2010).

Este mismo patrón se evidencia con los delitos contra la salud y orden públicos relacionados con el narcotráfico y la rebelión, entre otros, cuyas decisiones se sustentan en la necesidad de proteger la seguridad nacional, un bien jurídico que corresponde a la sociedad mayoritaria.

En un estudio previo sobre las sentencias del Consejo Superior de la Judicatura acerca de la colisión de competencias, se identificó que la negación de la jurisdicción indígena para conocer este tipo de casos también estaba basada en la incapacidad y la falta de competencia de los pueblos indígenas para llevar a cabo esta labor (Ruiz, 2000).

Esta imposición hegemónica, además de ser simplista y arrogante, monopoliza la seguridad nacional como un interés de la sociedad mayoritaria, desestimando que la seguridad nacional y el orden público también han afectado a los territorios indígenas en formas que superan las concepciones occidentales y, además, desconoce las múltiples dinámicas estructurales que enfrentan las comunidades indígenas como es el conflicto armado y sus impactos.

En efecto, para los pueblos indígenas la visión del territorio como un objeto de poder se relaciona con el conflicto armado, pero también surge de la perpetuación de la visión colonial en la que el territorio tiene una función utilitaria de producción, apropiación y extracción, concepción que se ha extendido a los modelos impuestos de gobernanza y desarrollo por parte del Estado y acogido también por los grupos armados ilegales, lo que ha afectado la interrupción

del flujo de la *red vital*⁶ de los pueblos (CNMH y ONIC, 2019). Para las comunidades, el territorio va más allá de los límites geográficos impuestos por una distribución política administrativa, y está relacionado con la vida misma, es decir “el territorio como un cuerpo al que se le debe respeto”, que constituye una red de interacciones entre el ser y la naturaleza que permite la reciprocidad de los mundos material e inmaterial (p. 124).

Este desconocimiento del Consejo Superior de la Judicatura de las luchas por el territorio como un ejercicio de vida de los pueblos indígenas demuestra dos cosas, en primer lugar, lo lejos que se está de una visión multicultural y un verdadero pluralismo jurídico, y, en segundo lugar, una descontextualización de la realidad y de las múltiples victimizaciones que han sufrido los pueblos indígenas y sus territorios bajo una visión de integralidad al suponer que este tipo de delitos conciernen especialmente a la sociedad mayoritaria.

2.1.2 Elemento subjetivo: un cuestionamiento sobre las identidades fijas y estáticas de los pueblos indígenas

Otras decisiones se basaron en el elemento personal o subjetivo, justificado en la aculturación de los miembros de las comunidades indígenas. Este concepto de aculturación o pérdida de la identidad indígena está relacionado con la noción de la inimputabilidad por diversidad cultural, la cual hace referencia al grado cognitivo de los miembros de

6 La Red Vital se define como una red compleja de interacciones que está compuesta por los elementos de la vida indígena: “Prácticas, concepciones y entidades que permiten la fluidez y el movimiento de la diversidad que constituye la vida” (CNMH y ONIC, 2019, p. 34).

comunidades indígenas sobre las conductas punibles en razón de su diversidad cultural.

Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido que cuando se ha cometido un delito por fuera del territorio indígena, se tendría que estudiar el grado de conocimiento y conciencia del ilícito por parte del indígena, pues en caso de que se tenga conocimiento, este deberá ser juzgado por la jurisdicción ordinaria; de lo contrario, si su cosmovisión no le permite entender la ilicitud de la conducta, se estaría ante un error de prohibición que evitaría que sobre esa persona recaiga reproche alguno (Corte Constitucional, Sentencia T-728 de 2002). Por ello, es importante acudir a pruebas periciales antropológicas que permitan valorar ese conocimiento y conciencia desde el conocimiento individual y en el contexto de las comunidades.

Ya la Corte Suprema de Justicia, en su jurisprudencia, había explicado que la aculturación no se da de manera automática. En un caso en concreto estudió que el hecho de que un miembro de una comunidad esté en un sistema educativo “de la sociedad mayoritaria” o tenga vínculos profesionales con esta no implica una pérdida de identidad, pues esta persona sigue vinculada a su comunidad y ejerce prácticas propias como indígena (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP15508-2015), también señaló que la aculturación trasciende las barreras de lo estrictamente jurídico o legal y requiere de una ponderación sociológica (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 6759-2014).

Resulta paradójico, entonces, que en los casos aquí estudiados no se acudió al peritaje antropológico para determinar la pérdida de identidad indígena, sin indagar siquiera los vínculos de los comuneros con sus resguardos, sus prácticas y sus identidades; como se explicó, muchas comunidades indígenas como la zenu, la embera chamí, la

arhuaca, la nasa, entre otras, han estado sometidas no solo a las dinámicas del conflicto armado (actividades relacionadas con el narcotráfico), sino también a los modelos de extracción impuestos por el Estado (deforestación, minería, ganadería extensiva, monocultivos), cuya participación en estas actividades no desdibuja su identidad, lo que evidencia la supremacía de los valores normativos de la sociedad mayoritaria frente a la jurisdicción indígena.

2.1.3 Colisión de competencias: aspectos procesales, autoridades competentes y territorios

La audiencia de formulación de acusación (59 casos) fue el momento en que mayoritariamente se interpuso la colisión de competencias, sin embargo, se evidencian otros momentos como la audiencia de formulación de imputación (18 casos), el momento de la captura y legalización de esta (5 casos) durante el juicio oral (2 casos) y en segunda instancia (1 caso). Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha determinado que

... cuando la autoridad indígena reclama la competencia para juzgar a los miembros de su comunidad, puede intentarse máximo en segunda instancia, sin perjuicio, de que, tal solicitud, idealmente, se formule durante la audiencia de formulación de acusación de que trata el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, atendiendo que es el escenario propicio para que las partes y el Ministerio Público expresen las causales de incompetencia. (Corte Suprema de Justicia, auto interlocutorio AP3263-2015)

Este resultado es relevante en cuanto evidencia que si bien las autoridades indígenas suelen solicitar la colisión de competencias ante el juez de conocimiento, como juez natural para conocer de estas causas, las autoridades

judiciales precedentes como la policía, la fiscalía y los jueces de control de garantías ejercen pocas salvaguardias frente al reconocimiento de la jurisdicción indígena y de la población indígena que es capturada y sometida al control de legalidad posterior, especialmente en territorios de alta presencia de grupos étnicos.

Esto a pesar de la directiva 0012 de la Fiscalía General de la Nación, por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de jurisdicción indígena que establece el estudio de los elementos desarrollados por la jurisprudencia constitucional. En el caso del análisis de las sentencias no se evidenciaron valoraciones sobre las afectaciones culturales para la imposición de medidas de aseguramiento, en especial cuando son privativas de la libertad, tampoco se evidenció la coordinación con las autoridades indígenas para la imposición de estas medidas o planteamientos al juez de conocimiento por parte de los fiscales para el cumplimiento de la pena en territorio indígena cuando se afectan valores culturales.

Por otra parte, a la hora de examinar quién interpuso la colisión de competencias, es interesante ver la pluralidad de actores que intervienen: en 45 casos fue interpuesta por el defensor / abogado, en 64 casos por los y las gobernadoras de los cabildos (únicamente en 7 casos fue interpuesta por las autoridades tradicionales), en otros 5 casos se evidencia la solicitud de la colisión por órganos colectivos como son los tribunales de justicia propia y los miembros de la junta directiva de los cabildos y resguardos. Quién interpone la colisión de competencias nos permite analizar las competencias jurisdiccionales y las formas de hacer justicia en los pueblos indígenas en Colombia, pues estas justicias han sido parte de un proceso de transformación, adaptación e imposición (Sánchez, 2001). Por ejemplo, el cabildo no corresponde a una figura tradicional sino, por el contrario,

fue heredado de los españoles y es a los gobernadores y los miembros directivos de los cabildos, que en algunos casos eligen de manera democrática cada año (Gómez, 2011), a quienes se les ha trasladado la competencia para resolver los conflictos internos e imponer sanciones en algunos pueblos (Sánchez, 2007).

Al respecto, Gómez (2011) señala que, en los pueblos del suroccidente colombiano, la institucionalización de los cabildos ha llevado a la incorporación de “códigos” y la elaboración de reglamentos internos escritos que establecen procedimientos y sanciones en español, las cuales han ido reemplazando no solo el poder de la palabra y la oratoria, sino también los mecanismos de justicias propias que no siempre obedecen a figuras estáticas y regladas. Adicionalmente, la institucionalización de los cabildos ha ido desplazando las instancias intermedias como son la familia, la comunidad veredal, los concejos, entre otros (Ruiz, 2000), pues los primeros cumplen con la formalidad de la justicia ordinaria y es una figura más comprensiva para la sociedad mayoritaria y, por tanto, de mejor asimilación para las instituciones occidentales.

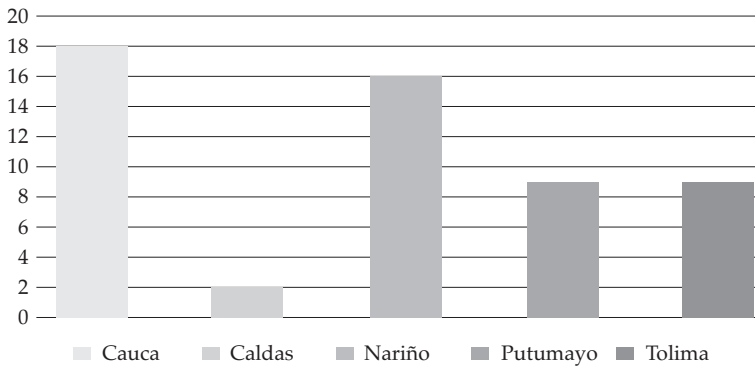
Por su parte, el poder de las autoridades tradicionales indígenas no deriva de la burocracia, sino, por el contrario, sobreviene de poderes milenarios y ancestrales e involucra aspectos culturales e históricos. Sus funciones no son temporales sino permanentes en el tiempo, pues son los encargados de restaurar y armonizar el caos inicial (Sánchez, 2001). Por lo que la justicia no es una categoría independiente de la forma de vida de las comunidades indígenas, sino que tiene un sentido colectivo y su objetivo es la permanencia y el trabajo en la comunidad (Sánchez, 2011). De este modo, cuando las autoridades invocan la palabra no lo hacen en forma de normas o sanciones estrictamente, sino con

un fin espiritual que permite reincorporar a las personas transgresoras en la comunidad a través de la recordación de los microrrelatos que se van construyendo de manera colectiva en los diferentes espacios que se disponen para ello, como son las mingas, las asambleas, los juicios, la familia, entre otros, es decir, como un conjunto de experiencias colectivas y de narrativas que se van construyendo con el tiempo (Gómez, 2011).

Por ejemplo, en la justicia arhuaca existió el caso de un miembro de la comunidad que cometió un homicidio contra otro miembro de otra comunidad indígena; para la resolución de este conflicto se convocó una reunión donde participaron 150 miembros de distintas comunidades indígenas; se realizó una consulta a la madre espiritual y a los *mamus* como los encargados de condenar al acusado. La condena después de estos consensos y diálogos consistió en diez años de prisión, pero al no tener un espacio adecuado para esto en el territorio, fue puesto bajo la vigilancia de los *mamus* donde se encontraba el abuelo del implicado. Adicionalmente, el acusado debía hacer trabajos espirituales para limpiar el daño, y una vez cumplida la pena debía pasar otros diez por los consejos de varios *mamus* para poder llegar a ser un consejero de la comunidad y evitar la comisión de nuevos delitos (Sánchez, 2007, pp. 154-155).

Ahora bien, al rastrear el origen de las autoridades y gobernadores de los resguardos y cabildos, se encontró que Nariño y Cauca son los departamentos de donde, en su mayoría, provienen las solicitudes de colisión de competencias, al menos 15 resguardos. Esto reitera que la jurisdicción especial indígena ha tenido un desarrollo distinto en los diferentes pueblos indígenas en Colombia, por las interacciones con la sociedad mayoritaria y la concepción de sus propias justicias, tal y como lo muestra la figura.

FIGURA. ORIGEN SOLICITUDES DE COLISIÓN DE COMPETENCIAS



Fuente: elaboración propia.

Se sostiene que hay tres grupos en los que se podría clasificar la diversidad étnica de los pueblos: a) aquellos pueblos que por su distanciamiento cultural y geográfico han logrado mantener y conservar sus tradiciones; b) aquellos pueblos que en la época de la Colonia asimilaron casi todos los usos y las costumbres de la sociedad mayoritaria y actualmente se encuentran en un proceso de reconstrucción de su identidad indígena; c) los pueblos indígenas que han tenido proceso de integración desde épocas coloniales con la sociedad occidental y que han logrado, a través de ejercicios de resistencia, apropiarse de sus propios sistemas y reivindicarlos, así como también han logrado incorporar elementos ajenos y asumirlos dentro de sus organizaciones en procesos de concertación (Ruiz, 2000). Ejemplo de estos últimos son los pueblos indígenas del suroccidente de la región andina colombiana, que con mayor autonomía ejercen la jurisdicción indígena, además de que son los abanderados en el empoderamiento político y las luchas del movimiento indígena (Gómez, 2011).

De acuerdo con lo anterior, se evidencia que efectivamente las sociedades modernas son plurales y que por

razones de movilidad e integración hoy no se puede hablar de sociedades aisladas. Sin embargo, el análisis jurisprudencial evidencia que ese pluralismo no se está viendo reflejado en las decisiones del Consejo Superior de la Judicatura, pues se impone una única forma en la generación de conocimientos que ignora las prácticas normativas de las comunidades indígenas.

Para León Olivé (2009), en las sociedades de conocimiento sus miembros tienen la capacidad de generar conocimientos para resolver sus conflictos y necesidades, y aprovechan y apropian los ya existentes con el objetivo de generar justicia social. Las sociedades, entonces, son justas si satisfacen las necesidades básicas de sus miembros, democráticas cuando son capaces de resolver sus conflictos mediante la participación efectiva de representantes legítimos y plurales si sus miembros tienen la posibilidad de desarrollar sus planes de vida y sus capacidades de acuerdo con su cultura, en el respeto de la diversidad (Olivé, 2009).

Estos conocimientos se generan a partir de prácticas sociales o epistémicas que se traducen en acciones realizadas por un grupo social que persigue unos fines determinados a través de unos medios específicos. Estos fines son evaluados en relación con un conjunto de valores, creencias, normas y juicios de valor, es decir, estas prácticas están dotadas de un valor axiológico (Olivé, 2009).

En este sentido, “los conocimientos deben ser evaluados en términos de las prácticas epistémicas que los generan, transmiten y aplican, y del medio cultural en el cual se desarrollan y cobran sentido tales prácticas epistémicas” (Olivé, 2009, p. 29). Esto explica la diversidad de fuentes de donde surge el conocimiento, y, por tanto, el pluralismo de conocimientos que legitima las prácticas sociales, los agentes que las generan, y que adquieren sentido en medios y contextos específicos, lo cual lleva a cuestionar

cómo la epistemología de los conocimientos tradicionales ha sido subestimada por carecer de rigor científico (p. 25).

Esto hace necesario la inmersión en la epistemología pluralista, la cual debe ser examinada

... en relación con los procesos de generación, transmisión, apropiación social y aplicación de esa clase de conocimientos. En particular, es necesario subrayar que en gran medida el conocimiento tradicional es tácito, y con frecuencia se transmite sólo de forma oral y mediante el ejemplo. (Olivé, 2009, p. 25)

En general, es el aprovechamiento social de esta diversidad de conocimientos lo que lleva a la consolidación de sociedades plurales, justas y democráticas.

En el caso de los pueblos indígenas han sucedido diversos fenómenos, y es que, a partir de la coordinación de las jurisdicciones liderada por el mismo Consejo Superior de la Judicatura, unas comunidades han decidido integrar en sus sistemas normativos elementos exigidos por la jurisdicción ordinaria como lo es la adopción de instituciones (procedimientos y castigos), para poder ser reconocidos por la sociedad mayoritaria como una “justicia diferente” que al final termina asimilándose a la justicia occidental. Por otro lado, a aquellos que aún se mantienen distantes y conservan sus conocimientos tradiciones se les ha negado la aplicación de estos y, por ende, el ejercicio de su jurisdicción.

Esta situación ha incidido también a la hora de dirimir los conflictos de competencia a través del principio de maximización de la autonomía desarrollado por la Corte Constitucional en virtud del artículo 246 de la Constitución Política. De acuerdo con la Sentencia T-254 de 1994, a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía. A pesar de que hay pueblos que han perdido sus culturas,

usos y costumbres, esto no es óbice para desestimar la autonomía de los pueblos indígenas o para decidir sobre sus asuntos. La Corte establece que esto debe ser una pauta interpretativa para el entendimiento de los casos concretos,

... pues en aquellos casos donde hay mayor apropiación de elementos cognitivos externos de la sociedad mayoritaria, el diálogo intercultural se establecerá con mayor facilidad que en los casos donde hay mayor apropiación cultural, pues este diálogo requerirá de cautela en cuanto son sistemas de regulación que difieren de la concepción y formación jurídica del intérprete. (Corte Constitucional, Sentencia T-903 de 2009)

Sin embargo, al analizar las sentencias del Consejo Superior de la Judicatura, se concluye que este diálogo con las comunidades donde hay una mayor conservación de la identidad cultural, no ha significado mayor autonomía en el ejercicio de sus justicias, sino, por el contrario, se ha limitado a un monólogo profesionalizado, guiado además por la parte a la que se le dotó de legitimidad y que ejerce el poder sustentada en la incapacidad de los pueblos indígenas de juzgar casos importantes. No sucede algo distinto, por ejemplo, con algunos pueblos del suroccidente colombiano como el nasa, donde la justicia propia se ha institucionalizado y, a pesar de la creación de instituciones, normas e infraestructura, bajo el velo de los elementos de la jurisdicción indígena, esta sigue siendo relegada por un sistema que desconoce su legitimidad. Que en todo caso pretende sobreponer una cultura universal, a través de la traducción intercultural de los sistemas propios en un lenguaje comprensible a la justicia ordinaria, lo que lleva a la simplificación de estas justicias y pone en riesgo la diversidad.

2.2. Aceptación y negación: el camino de interpretación de la jurisdicción indígena y su reconocimiento por la Corte Constitucional

Si bien la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia han realizado una labor importante en el reconocimiento de la jurisdicción indígena, defendiendo el principio de maximización de la autonomía judicial de los pueblos indígenas y el pluralismo jurídico, este reconocimiento no ha sido progresivo y ha implicado retrocesos en su realización. Según Sánchez (2007), esto se debe a que no siempre los magistrados son los mismos y las decisiones de la Corte vía acción de tutela solo tienen efectos interpartes, por lo que se analizan situaciones concretas. Sin embargo, estas decisiones normalmente se han estudiado “desde la lógica occidental, de manera que no han analizado el efecto que generan los derechos que se reconocen a las comunidades indígenas dentro de sus propias racionalidades, los indígenas son orientados a redefinir sus creencias, razones y motivaciones” (Sánchez, 2001, p. 35).

En la Sentencia C-463 de 2014, por ejemplo, la Corte estudió la constitucionalidad del artículo 11 de la Ley 89 de 1980, el cual confirió a los alcaldes municipales la potestad de resolver controversias entre miembros de una misma comunidad o entre los cabildos, a la luz del artículo 246 constitucional. Esta decisión refleja el respeto del pluralismo jurídico desde una perspectiva intercultural y con un lenguaje que permite la comprensión de la jurisdicción indígena no desde las categorías del derecho ordinario, sino desde la experiencia y la construcción de las justicias propias.

En el desarrollo de la sentencia la Corte Constitucional navegó por los elementos que determinan la competencia de la jurisdicción especial indígena y, al referirse al componente

institucional, abordó el derecho al debido proceso y los derechos de las víctimas, frente a lo cual resaltó la necesidad de una institucionalidad (autoridades tradicionales, sistemas de derecho propio y procedimientos conocidos y aceptados por la comunidad).

En este sentido, al estudiar el alcance de los derechos de las víctimas –verdad, justicia y reparación– en un conflicto entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, estableció:

Es posible constatar que en ciertos sistemas jurídicos de los pueblos originarios contemplan formas para acercarse a la verdad basados en la reconstrucción colectiva de la memoria; otras, utilizan procedimientos o rituales destinados a la solución de un conflicto con la participación de toda la comunidad, y prevén un amplio espectro de posibilidades de resarcimiento y armonización entre el agresor, la víctima y la comunidad. (Corte Constitucional, Sentencia C-463 de 2014)

En esta decisión la Corte resaltó el deber del juez de acercarse a estas formas de derecho “no como una forma incipiente del derecho occidental” (Corte Constitucional, Sentencia C-463 de 2014).

La Corte también reconoce que las identidades indígenas y culturales son susceptibles de reconfiguración, y en este proceso de reconstrucción o consolidación puede darse la incorporación de elementos del derecho ordinario que también hacen parte de la autonomía de los pueblos indígenas (Corte Constitucional, Sentencia C-463 de 2014). Esto demuestra que los pueblos indígenas no son estáticos y que aun al interior de las comunidades también se presentan diferencias culturales por los grados de exposición a procesos sociales, ambientales, económicos e históricos que pueden resultar contradictorias entre sí (Ruiz, 2000).

En este sentido, este tribunal reitera que el factor objetivo no es suficiente para descartar la jurisdicción indígena, pues esto llevaría a la generalización de que las comunidades indígenas son incapaces para asumir procesos que implican graves violaciones, y la labor del juez debe ser, en estos casos, defender la autonomía indígena, el debido proceso y los derechos de las víctimas desde la perspectiva de la diversidad cultural (Corte Constitucional, Sentencia C-463 de 2014).

Por el contrario, en una reciente sentencia, la Corte Constitucional examinó un caso donde según los accionantes, que no pertenecían a ningún pueblo indígena, se había violado el derecho fundamental al debido proceso al ser investigados y juzgados por la jurisdicción indígena por haber cometido un hurto al interior del resguardo. En esta decisión la Corte dejó sin efectos la actuación de las autoridades del Cabildo, basada en los elementos subjetivo y objetivo desarrollados en la jurisprudencia de la misma corporación (Corte Constitucional, Sentencia T-208 de 2018).

Frente al primero, estableció que los accionantes no pertenecían a la comunidad, no se identificaban como indígenas y no tenían conocimiento de los usos y las costumbres del pueblo, en este sentido argumentó que el fuero indígena está íntimamente ligado con la identidad étnica y cultural de los individuos por lo que el ejercicio de la jurisdicción indígena está fundamentado en la protección de la diversidad étnica. Frente al segundo, estableció que los presuntos delitos de perturbación en el territorio indígena, intento de homicidio, porte ilegal de armas y hurto no tienen relación con el desarrollo del pluralismo étnico ni con la protección de la diversidad cultural (Corte Constitucional, Sentencia T-208 de 2018).

Esta decisión refleja un retroceso al descartar la jurisdicción indígena desde el análisis de un solo elemento

como es el subjetivo, contrario a lo reiterado en la Sentencia C-463 de 2014, anteriormente mencionada, a pesar del análisis previo de la Corte sobre los elementos territorial e institucional. Adicionalmente, se evidencia la subvaloración de la afectación del bien jurídico a la comunidad étnica al establecer que el elemento objetivo no se cumple pues el bien jurídico afectado corresponde en principio a la cultura mayoritaria, explicación que no es justificada en la decisión. Para la magistrada que aclaró el voto era justamente la falta de configuración del elemento personal “el que imponía la necesidad de buscar una solución intermedia con la colaboración de las dos jurisdicciones. No se trataba, necesariamente, de decidir si el asunto debía ser conocido por una u otra jurisdicción. Hay otras opciones” (Corte Constitucional, Aclaración de voto T-208 de 2019).

En conclusión, las decisiones de los altos tribunales, unas veces reconocedoras de la autonomía indígena y otras veces desconocedoras de la misma, se han construido de manera unilateral, sin la participación de las autoridades tradicionales y los miembros de las comunidades indígenas, y han rechazado una tercera vía: la del diálogo y la colaboración, como un proceso dialéctico de creación de conocimientos e intercambio de saberes, en el cual intervienen distintos actores y que conlleva la generación de acciones, de reflexiones y de cooperación (Freire, 2005, p. 17), en este caso, aquel diálogo en el que todas las autoridades que intervienen en el proceso de hacer justicia se interesen por conocer las realidades de los pueblos indígenas, no desde las categorías de la sociedad mayoritaria, sino desde los conocimientos que han venido construyendo estos pueblos, esas prácticas que han sido aceptadas en consenso y que han tratado de forjar comunidades con justicia social.

3. IDENTIDAD INDÍGENA, PROCESO JUDICIAL Y JURISDICCIÓN INDÍGENA. CASO CÁRCEL “LA MODELO”

Charles Taylor (1993), en su obra el *Multiculturalismo y la política de reconocimiento*, explica por qué la identidad requiere de un reconocimiento por parte de las instituciones públicas encargadas de asegurar el bienestar social y especialmente la igualdad. Para Taylor, la identidad se construye de manera dialógica como producto de las interacciones reales que se dan con los demás, “por lo que el reconocimiento público de nuestra identidad requiere una política que nos dé margen para deliberar públicamente acerca de aquellos aspectos de nuestra identidad que compartimos o que potencialmente podemos compartir con otros ciudadanos” (p. 6).

El reconocimiento, entonces, se da en dos direcciones, una en la esfera privada a partir de la multiplicidad de interacciones y la otra, en la esfera pública en la que es necesario partir de la política de la diferencia, la cual exige que se hagan distinciones pues no todas las identidades, especialmente aquellas colectivas, tienen las mismas necesidades de otros grupos y esto llevaría a la negación de la identidad y a la homogeneización (Taylor, 1993).

En este sentido, y a través del intercambio de saberes y la interacción con las personas indígenas privadas de la libertad (PIPL) emprendimos la búsqueda de ese reconocimiento identitario por parte de ellos mismos y de las autoridades judiciales y administrativas en el recorrido de judicialización y carcelario, lo cual evidenció el grado de comprensión de los diferentes elementos de la jurisdicción indígena, desde el principio de la diversidad étnica, la multiculturalidad y los derechos colectivos.

Para ello se trabajó durante seis meses en sesiones que se desarrollaron los jueves en horas de la mañana con la

PIPL⁷, en las que participaron voluntariamente 13 personas: pijao (5), yanacona (2), embera chamí (2), muisca (1), uitoto (1), kankuamo (1) y paez nasa (1), ubicados en los diferentes patios de la cárcel.

Cuando inició este trabajo de campo, la cárcel no tenía asignados los patios a las PIPL de acuerdo con su condición étnica, ni por el delito por el cual se encontraban privadas de su libertad⁸, por ejemplo, no todas las PIPL que se encontraban recluidas en el patio 1A estaban por delito sexual. No obstante, el hecho de estar recluidos en el mismo patio facilitó la convivencia y, asimismo, les permitió un reconocimiento entre ellos y entre los demás privados de la libertad como un grupo distinto dentro del establecimiento, lo cual devino en el fortalecimiento de una identidad colectiva como indígenas. Es de resaltar que, para el mes de noviembre del año 2019, el director de la cárcel optó por ubicar a la población indígena en el patio 3, como una medida asumida desde la política de enfoque diferencial.

De las PIPL que participaron en el diálogo de intercambio de saberes se pudo conocer su situación jurídica: tres se encontraban en calidad de condenados y las otras diez PIPL en calidad de sindicados (imputados, acusados o en apelación ante el tribunal superior del distrito); también se pudo establecer que las conductas punibles por las que

7 En cada sesión se desarrolló una guía temática, diseñada a partir de las necesidades expresadas por los indígenas. Estas guías se sistematizaron de acuerdo con los módulos establecidos.

8 De acuerdo con lo ordenado en la Ley 65 de 1993, en su artículo 29, Reclusión en casos especiales, cuando el hecho punible haya sido cometido por personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, funcionarios y empleados de la justicia penal, cuerpo de policía judicial y del Ministerio Público, servidores públicos de elección popular, por funcionarios que gocen de fuero legal o constitucional, ancianos o indígenas, la detención preventiva se llevará a cabo en establecimientos especiales o en instalaciones proporcionadas por el Estado.

se encontraban privadas de la libertad eran en su mayoría actos sexuales con menor de 14 años; tráfico, fabricación o porte de estupefacientes; homicidio, acceso carnal violento, pornografía con menor de edad y tentativa de feminicidio agravado.

3.1. Sobre la identidad de la población indígena privada de la libertad

En el camino de resignificación de identidades se evidenció que, en su mayoría, los indígenas privados de la libertad (IPL) salieron de sus lugares de origen y se encontraban radicados en la ciudad de Bogotá, lugar donde habían trasladado su domicilio. Las razones por las cuales salieron de sus territorios se relacionan con el desplazamiento forzado originado por el conflicto armado, el narcotráfico, la minería, y el reclutamiento para prestar servicio militar o pertenecer a un grupo al margen de la ley y, por último, la búsqueda de oportunidades socioeconómicas⁹.

A pesar del desarraigo territorial, ocho IPL conservan algunos elementos culturales de sus pueblos como son la lengua nativa¹⁰, salvo los miembros de las comunidades indígenas coyaima y pijao que históricamente, desde la época de la Colonia, adoptaron el idioma de la sociedad mayoritaria y han sido asimilados a los campesinos, aunque es de observar que estos pueblos en los últimos años han hecho esfuerzos para reconstruir su historia, su cultura y sus tradiciones (Ministerio del Interior, 2013). Asimismo, se evidenció que en general reconocen la organización de sus resguardos y

9 Guía 20190530_M1_S2, en la cual se abordó la caracterización PIPL; Guía 20190613_T1_M2_S5, Elementos para concebir la identidad indígena.

10 Guía 20190606_E2_M1_S3. Los miembros pertenecientes a estas etnias: kankuamo, uitoto, paez, embera chamí y yanacona.

las autoridades tradicionales¹¹ tales como los *the wala*¹² en el caso nasa, los *mamos*¹³ en el caso de los kankuamos y los *jaibaná*¹⁴ en el caso de los embera, así como los mayores y consejeros, y a las autoridades políticas como el gobernador, vicegobernador, fiscal y tesorero, y sus respectivas funciones.

Para los IPL, la justicia no tiene que ver únicamente con el hecho cometido, sino también con la afectación a la comunidad y, por ende, el proceso de “castigo” no se reduce a una sanción, sino al restablecimiento de una armonía que se desequilibró por lo cual requiere del acompañamiento de la familia, de los mayores y de los médicos-autoridades tradicionales.

En general, si bien la identidad está ligada con el territorio, esta no se pierde por el solo hecho de no habitarlo:

“... ser indígena es SER, no nos hacemos indígenas nacemos, somos, porque somos concebidos en un mundo diferente donde el territorio en el espacio donde se desarrolla toda nuestra formación desde el pensamiento que me hace creer y hacer valorar todo aquello que me identifica desde mi pensamiento en lo que soy”.¹⁵

Otro de los relatos fue el siguiente:

“Son las personas nacidas y criadas y bendecidas por los ancestros las que llevan la tradición y tienen el conocimiento natural como indígena aprenden la cultura y formación como cazador para el mañana tenemos que tener el conocimiento

11 Guía 20190606_E2_M1S3, Papel de las autoridades indígenas.

12 The wala: autoridades espirituales, pueblo nasa.

13 Mamo: orientador, guía de Ley de Origen, pueblo kankuamo.

14 Jaibaná: quien entabla relación con los diversos mundos, pueblo embera.

15 Guía 20190718_T4_M4_S8-PIPL 1, Identidad indígena, justicias propias, jurisdicción indígena.

de toda la cultura y aprendizaje para el futuro de nuestros niños y demás vidas que van surgiendo de cada familia”.¹⁶

3.2. Reconocimiento de la identidad indígena durante el proceso judicial

En el desarrollo de las actividades y con ocasión de la temática de las guías¹⁷, se identificó que en la fase de criminalización secundaria los operadores judiciales no indagaron siquiera por la pertenencia a alguna etnia al momento de la captura. Solo tres de los doce participantes manifestaron que en la etapa de investigación la Fiscalía había sido el único operador que había indagado si eran indígenas. En las etapas de juzgamiento y de ejecución de pena el 80 % de los participantes manifestaron que los jueces no preguntaron su pertenencia algún pueblo o comunidad indígena y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) solo lo hizo con dos de los participantes.

La situación particular y notoria es la de un indígena que se encuentra privado de la libertad desde el año 2001, condenado a 36 años, y lleva un poco más de 18 años privado de su libertad. Pese pertenecer a una comunidad, tener usos y costumbres arraigadas como la conservación de su lengua no ha podido practicarlas dentro de la cárcel.

16 Guía 20190718_T4_M4_S6-PIPL 12, Identidad indígena, justicias propias, jurisdicción indígena. Para las diferentes comunidades y las PIPL es importante conservar las tradiciones ancestrales, en donde todos y cada uno de sus miembros siguen con rigor la Ley de Origen; las tradiciones socioculturales de las comunidades; reconocen a sus mayores, taitas, mamos entre otros, como líderes de sus comunidades; también dan cuenta de la organización política que se tiene en cada una de estas comunidades como se expresa en el siguiente relato: “soy indígena, dentro y fuera del territorio porque me reconozco como tal siempre”.

17 Guía 20190613_G2_M2_S4, Reconocimiento como indígena dentro del proceso; Guía 20190704_G4_M3_S4, Tratamiento diferencial por los sujetos procesales.

La PIPL, en su mayoría, tiene asignados abogados de la defensoría pública y en dos casos cuenta con defensa de confianza. En el primer caso, algunos IPL no conocen a su abogado, otros únicamente se comunican cuando hay alguna diligencia judicial y aquellos que se comunican con una mayor frecuencia son los abogados que están siendo remunerados por sus familias. En la mayoría de los casos, los indígenas privados de la libertad perciben una pasividad por parte de los abogados en su defensa y hay un desconocimiento del estado de su proceso judicial. Esto hace que el proceso judicial sea complejo para los IPL y para las autoridades propias en los casos que son acompañados, pues existe la dificultad de comprender los tecnicismos del lenguaje jurídico, la complejidad del sistema penal y la comunicación poco asertiva que hay entre las diferentes partes intervinientes dentro del proceso¹⁸.

En el desarrollo de las sesiones se evidenció que en su mayoría la defensa técnica hace uso de estrategias para darle celeridad al proceso judicial, y están orientadas al allanamiento de cargos¹⁹, y a realizar preacuerdos con el ente acusador²⁰. La mayoría de los abogados saben que sus defendidos son indígenas, sin embargo, el ejercicio de la jurisdicción indígena no es una opción por explorar por estos.

18 Guía 20190704_G4_M3_S1 PIPL- 4.

19 Guía 20190704_G4_M3_S1 PIPL- 9, Trato diferencial por los sujetos procesales. A continuación, se expone un relato complementario: “la verdad no mucho por al principio me dijo que a la segunda audiencia aceptaba cargos la pena sería 48 meses y que después como no tenía antecedentes y me podían dar la casa por cárcel. Pero hace un mes lo llamé y me salió con lo contrario que tenía que pagar en físico los 48 meses” (sic).

20 Guía 20190704_G4_M3_S1 PIPL- 4, Trato diferencial por los sujetos procesales. A continuación se expone un relato complementario: “el primero me persuadió erróneamente para aceptar cargos y hacer un preacuerdo a 7 años prometiéndome el fiscal la marginalidad”.

3.3. ¿Por qué la cárcel?

Las razones por las cuales no están siendo juzgados por sus autoridades propias, en los respectivos territorios, bajos sus formas de justicia están relacionadas con: a) el lugar donde se cometió el ilícito, que en su mayoría fue en Bogotá, donde tienen su domicilio; b) por la gravedad del delito, calificación que ha sido influenciada históricamente por la justicia ordinaria; c) por la forma en la que fueron capturados y judicializados.

La mayoría de los IPL tienen poco acercamiento con las autoridades propias (políticas y tradicionales), pues entre los factores se identificaron la distancia que existe entre las comunidades y el establecimiento carcelario, la falta de recursos económicos de la familia, el desconocimiento de la comunidad de que alguno de sus comuneros está privado de la libertad²¹ y la temporalidad de las autoridades políticas quienes son elegidas normalmente por un periodo de un año.

Ahora bien, al indagar sobre la posibilidad del ejercicio de la jurisdicción indígena en cada uno de los casos, se evidenció que esta transita de acuerdo con la posición en la que se sitúen los IPL.

Por ejemplo, uno de ellos no desea ser juzgado por las autoridades de su comunidad debido a la severidad de las sanciones, como lo demuestra la siguiente respuesta: “el castigo en mi comunidad por lo que hice es más duro allá me va mal y aquí en la cárcel no me va mal”²².

En otro caso, a pesar de que el indígena vivía en su territorio al momento de la judicialización, la respuesta

21 Guía 20190620_T2_M2_S6-PIPL 10, Trato diferencial en el establecimiento carcelario.

22 Guía 20190620_T2_M2_S6-PIPL 10.

frente al ejercicio de la jurisdicción indígena por parte de sus autoridades fue que era mejor dejar el caso en manos de la justicia ordinaria teniendo en cuenta la naturaleza y gravedad del delito, “a la solicitud que se les hizo ellos respondieron que harían seguimiento mientras la justicia ordinaria continuaba el proceso”²³.

En otros más, las autoridades indígenas han intentado apropiarse los casos, ejemplo de ello es el del gobernador del pueblo muisca del Resguardo de Fonquetá, que decidió ejercer el derecho a la jurisdicción indígena para conocer y juzgar a su comunero, quien está sindicado por un delito sexual. A la fecha se desconoce el fallo del Consejo Superior de la Judicatura.

Lo mismo sucedió con el miembro de la etnia pijao del Resguardo Indígena de Tres Esquinas, cuyo gobernador, por medio de diferentes herramientas jurídicas como el derecho de petición y la tutela,²⁴ ha solicitado que se le reconozca la diversidad étnica y cultural de su miembro para poder ser juzgado por la jurisdicción indígena también sindicado por un delito sexual.

En estos dos casos, si bien no hay una decisión de fondo sobre las solicitudes, de acuerdo con el análisis realizado en la primera parte existe una alta probabilidad de que el Consejo Superior de la Judicatura, aplicando el elemento objetivo, niegue la jurisdicción indígena.

Por último, un miembro de la etnia embera chamí ha sido acompañado por su gobernadora durante el proceso

23 Guía 20190704_G4_M3_S1-PIPL 1, Trato diferencial por los sujetos procesales.

24 La tutela en cita anexa como prueba copia de la certificación expedida por el Resguardo Indígena Tres Esquinas, de Coyaima, Tolima, de 20 de octubre de 2019, donde el gobernador, como máxima autoridad, asevera y da fe de que “nuestro comunero indígena, conserva los ‘usos y costumbres’ propios de nuestra hegemonía ancestral”.

judicial y la ruta carcelaria, quien de manera activa solicitó el reconocimiento como indígena de su miembro y la ejecución de la pena dentro del resguardo de San Lorenzo. Esta posibilidad aún no ha sido materializada por las autoridades administrativas que vigilan el cumplimiento de la pena impuesta, pues deben verificar que el resguardo cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia para su seguridad de acuerdo con la Ley 65 de 1993.

Si bien este caso no refleja el ejercicio de la jurisdicción indígena, evidencia las formas a las que acuden las autoridades indígenas para proteger la diversidad étnica de sus pueblos y de sus miembros.

3.4. Efectos de la privación de la libertad en el debilitamiento de las identidades indígenas

Los efectos de la privación de la libertad en las identidades de la población indígena se presentan de distintas formas, pues unos están dispuestos apropiarse y aceptar los modos de vida que impone la cultura y la identidad carcelaria:

“... y no me siento muy aburrido porque uno aprende a valorar; lo que afuera en la calle lo desprecia ejemplo las comidas y no me da muy duro por lo cual me ha tocado luchar para vivir; lo que he vivido afuera y ahora estoy aquí en la cárcel es para mí como una universidad privada”.²⁵

Otros anhelan regresar a sus territorios:

“Se ha sufrido mucho por mi ausencia, porque soy el mayor en la familia de 10 hermanos y ha sido como una nube negra

25 Guía 20190620_T2_M2_S6 PIPL 10, Distanciamiento de las justicias propias y la justicia ordinaria.

que se ha quedado ahí en nuestro espacio y ya no es igual. Mis hijos que todo lo hacían bajo mi guianza y protección. Hoy en día sufren cada día ellos lo manifiestan. Esperan cada día mi regreso, hay muchas cosas por hacer”.²⁶

La falta de un tratamiento diferencial es uno de los obstáculos con los que se encuentran los indígenas privados de la libertad. La única actividad en la que algunos de ellos participan es en tejidos y telares, que es una actividad generalizada para toda la población privada de la libertad, y aunque algunos han encontrado en ella un medio de subsistencia económica, reconocen que es muy difícil el acceso a los materiales y, en todo caso, no es una actividad que les permita reconocerse desde la multiculturalidad. Aunado a lo anterior, la falta de acceso a actividades de resocialización dificulta el avance de las PIPL en el sistema progresivo, el cual se integra dentro de las finalidades de la pena con el fin de buscar la reinserción del penado a la sociedad desde su cosmovisión.

Ahora bien, al interior de la cárcel no hay un espacio adecuado y destinado para que la población indígena ejerza sus usos y costumbres, pues les prohíben ingresar elementos que “alteren” la seguridad del establecimiento. Por ejemplo, la *mambeada*²⁷ es subvalorada por parte de las autoridades penitenciarias pues se tiene la percepción de que a partir de la hoja de coca se podrían obtener sustancias alucinógenas.

El establecimiento carcelario no ofrece opciones frente a la salud tradicional, pese a que en los pronunciamientos de la Corte Constitucional se ha insistido en que uno de

26 Guía 20190613_T1_M2_S5 PIPL 1, Elementos para concebir la identidad indígena.

27 Entre los indígenas significa masticar o mascar hoja de coca o ayo (*Diccionario Abierto y Colaborativo*).

los componentes diferenciales para la población indígena en las cárceles es el acceso a su medicina (Sentencia T-208 de 2015), desde la configuración de la multiculturalidad de los pueblos indígenas.

Respecto a la asistencia jurídica brindada al interior de la cárcel la percepción de las PIPL es que no existe una orientación o asesoría clara, eficaz y concreta respecto de la jurisdicción indígena; es muy difícil la comprensión por parte de las autoridades penitenciarias respecto de las costumbres y necesidades propias de los pueblos indígenas que en general sienten la discriminación por parte de las autoridades administrativas y judiciales²⁸.

Las identidades de la población indígena privada de la libertad no son homogéneas, algunas se encontraban debilitadas aun antes de entrar a la ruta judicial y carcelaria. No obstante, se evidencia ese reforzamiento en el debilitamiento de la identidad dentro del establecimiento carcelario y en el proceso judicial, durante el cual no hubo un reconocimiento por parte de las autoridades judiciales y, en los casos en los que existió, este reconocimiento no tuvo ningún efecto.

Por esta razón se debe buscar un punto de equilibrio. Este equilibrio es importante, pues si bien la población indígena habita de manera distinta su identidad, así como quedó demostrado, hay un reconocimiento –como lo dice Taylor– que debe provenir de la esfera pública, es decir, de las autoridades administrativas y judiciales que debe orientarse a generar equidad, justicia social bajo el reconocimiento del pluralismo jurídico. Sin embargo, como se demuestra en este capítulo, los efectos de las prácticas de no

28 Guía 20190613_G2_M2_S4 PIPL 7, Reconocimiento como indígena dentro del proceso judicial.

reconocimiento durante el proceso judicial y penitenciario han llevado a que las identidades de la población indígena privada de la libertad muten cuasi inconscientes hacia identidades asimiladas, es decir, a las identidades hegemónicas.

En este caso se genera una automatización de prácticas dentro del sistema judicial y penitenciario que invisibiliza la identidad indígena y la niega en su cotidianidad, desde la captura, pasando por el proceso judicial y en el quehacer de la vida diaria en la cárcel, con el trato de los abogados defensores y las autoridades penitenciarias y judiciales cuyas acciones tienden a la homogeneización de las personas sin tener en cuenta la diversidad, el multiculturalismo y el pluralismo jurídico.

4. CONCLUSIONES

La jurisdicción indígena se ha reducido, por parte del Consejo Superior de la Judicatura a través de su sala disciplinaria, a una cuestión netamente procesal que exige la aplicación de tecnicismos jurídicos que deben ser resueltos únicamente por profesionales del derecho, negando otro tipo de conocimientos tradicionales que no solo se explican desde las normas, sino que integran otros elementos propios de las cosmovisiones de los pueblos indígenas.

La aplicación casi mecánica de la justicia ordinaria penal por parte de los funcionarios del Inpec, los jueces, los fiscales y los abogados ha puesto en un segundo plano la posibilidad de reivindicar otro tipo de ordenamientos jurídicos legitimados por la Constitución, como lo es la jurisdicción indígena.

Esto ha incidido en el debilitamiento de las identidades indígenas en las personas privadas de la libertad, quienes no encuentran espacios durante el proceso judicial y

penitenciario para ejercer su identidad y abrir posibilidades para el ejercicio de la jurisdicción indígena.

Por su parte, como se evidenció en el trabajo de campo y en el análisis de las sentencias, no todas las autoridades indígenas están dispuestas a ejercer la jurisdicción indígena por distintas razones. Esto pone de presente, por un lado, dos posibles situaciones: una referida a la apropiación de la clasificación realizada por el Consejo Superior de la Judicatura sobre la gravedad de los delitos, cuya respuesta es la delegación del ejercicio de la justicia a la justicia ordinaria y, por otro lado, aquellas autoridades que estando dispuestas asumir el juzgamiento de los casos se encuentran con estructuras que ponen en duda esa capacidad y, por ende, terminan desinteresándose de sus miembros privados de la libertad.

A pesar de los esfuerzos de la Corte Constitucional en el reconocimiento de la jurisdicción indígena como una expresión del multiculturalismo, la diversidad y el pluralismo, esta corporación no ha incorporado en sus decisiones un verdadero diálogo con los pueblos. Los pueblos indígenas se han esforzado por asimilar sus justicias cada vez más a la justicia ordinaria, pero no ha sucedido lo contrario, es decir, la incorporación de otros saberes provenientes de otras fuentes a la justicia ordinaria, especialmente considerando que la justicia indígena va más allá de un concepto sancionatorio que se da en un espacio temporal específico por determinadas autoridades y transita por los consejos, por las familias, por los mayores y se orienta a la armonización del territorio y de sus miembros.

REFERENCIAS

CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA (CNMH) y Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) (2019). *Tiempos*

de vida y muerte: memorias y luchas de los pueblos indígenas en Colombia. CNMH y ONIC. Recuperado de <http://centrode-memoriahistorica.gov.co/wp-content/uploads/2020/02/tiempos-de-vida-y-muerte.pdf>. Consultado el 14/02/2020

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA (CSJ) y Organización Indígena de Colombia (OIC) (2006). *Compilación y selección de los fallos y decisiones de la Jurisdicción Especial Indígena 1980-2006.* Legis. Recuperado de <https://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/catedra-viva-intercultural/Documentos/lecciondefallos.pdf>. Consultado el 26/02/2020

FERRAJOLI, L. (2010). *Democracia y garantismo* (2.^a ed., M. CARBONELL Ed.). Trotta.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Directiva 012 de 2017.* Recuperado de <https://www.ramajudicial.gov.co/web/jurisdiccion-especial-indigena-y-el-sistema-judicial-nacional/socializacion-directiva-012-fiscalia-general-de-la-nacion>

FREIRE, P. (2005). *Pedagogy of the oppressed* (30.^a ed.). Continuum.

GARCÍA, J. (2015). *A la Orilla del Río.* Centro de Pensamiento desde la Amazonia Colombiana. Recuperado de <http://alaorilladelrio.com/2015/03/08/por-que-mambe/>

GÓMEZ, H. (2011). Justicias orales indígenas y sus tensiones con la ley escrita. En V. CHENAUT, M. GÓMEZ, H. ORTIZ y M. T. SIERRA (Eds.), *Justicia y diversidad en América Latina.* Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales.

MINISTERIO DEL INTERIOR (2013). *Diagnóstico participativo del Estado de los derechos fundamentales del pueblo pijao y líneas de acción para la construcción de su plan de salvaguarda étnica.* Recuperado de https://siic.mininterior.gov.co/sites/default/files/pueblo_pijao_diagnostico_comunitario.pdf

- OLIVÉ, L. (2009). Por una auténtica interculturalidad basada en el reconocimiento de la pluralidad epistemológica. En L. TAPIA MEALLA (Coord.), *Pluralismo Epistemológico*. Clacso, Cides-Universidad Mayor de San Andrés.
- RUIZ, C. (2000). Multiculturalismo, etnicidad, jurisdicción especial indígena en Colombia: reflexiones en torno a comunidades indígenas plurales. *Pensamiento Jurídico*, (12). Recuperado de <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/39237>
- RUIZ, N. (2016). La resistencia y la sobrevivencia de la justicia indígena en Colombia. *Revista Científica General José María Córdova*, 14(17), 347-375. Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S19006586201600100013&lng=en&tlng=es. Consultado el 19/03/2020
- SÁNCHEZ, B. (2001). El reto del multiculturalismo jurídico: la justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena. En B. de SOUSA SANTOS y M. GARCÍA VILLEGAS (Eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia* (vol. 2). Siglo del Hombre Editores.
- SÁNCHEZ, E. (2007). *Derechos propios. Ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena en Colombia*. Instituto de Estudios del Ministerio Público.
- SANTOS DE SOUSA, B. (2019). *Construyendo las epistemologías del Sur para un pensamiento alternativo de alternativas* (vol. II). Clacso. doi:10.2307/j.ctvt6rkj7
- TAYLOR, C. (1993). *Multiculturalismo y la política de reconocimiento*. Fondo de Cultura Económica.
- YRIGOYEN, R. (2003). *Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*. ILSA.

Jurisprudencia

Corte Constitucional. Sentencia T-254 de 1994. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia T-903 de 2009. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. Sentencia T-617 de 2010. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. Sentencia T-002 de 2012. M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional. Sentencia T-728 de 2002. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. Sentencia T-208 de 2015. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional. Sentencia T-208 de 2019. M. P. Carlos Bernal Pulido.

Corte Constitucional. Sentencia C-463 de 2014. M. P. María Victoria Calle Correa.

Corte Suprema de Justicia. Providencia SP 6759-2014. M. P. María del Rosario González Muñoz.

Corte Suprema de Justicia. Providencia AP3263-2015. M. P. Eyder Patiño Cabrera.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia, casación SP15508-2015. M. P. Fernando Alberto Castro Caballero.

Este libro es el resultado de las investigaciones realizadas durante el año 2019 promovidas por la Red de Investigadores del Centro de Investigación en Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia, presentadas en el Congreso internacional: "Pluralismo jurídico, derechos humanos y perspectivas críticas de la política criminal", en el cual se presentaron las distintas expresiones materiales y formales del pluralismo jurídico en Colombia a la luz de la política criminal.

La primera parte de esta publicación pretende generar reflexiones a partir del estudio de casos sobre la formación de las identidades discursivas en prisión desde la experiencia de la población privada de la libertad y la incidencia de las percepciones de actores externos, como los medios de comunicación. En una segunda parte, se establecen diálogos basados en el pluralismo entre los distintos sistemas de justicia existentes, como la jurisdicción indígena, la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), la jurisdicción ordinaria y el sistema de justicia de responsabilidad penal adolescente. Finalmente, este libro busca visibilizar la necesidad de incorporar el enfoque de interseccionalidad en la política criminal con el objetivo de movilizar las agendas de política pública hacia la garantía de los derechos humanos de población en condición de vulnerabilidad, como las mujeres privadas de la libertad y las personas transgénero. En este sentido, las reflexiones aquí contenidas esperan generar eco en los distintos tomadores de decisiones de las ramas Ejecutiva, Judicial y Legislativa, a fin de que el pluralismo jurídico material en Colombia sea una garantía para el ejercicio de los derechos humanos y permita transitar hacia escenarios de diversidad, inclusión y reconocimiento en la política criminal.

