UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

Resocialización en contextos de diversidad cultural. Aproximación a las prácticas punitivas del Resguardo indígena San Lorenzo

Angélica Patricia Noriega Villamizar

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá D.C, Colombia
2021

Resocialización en contextos de diversidad cultural. Aproximación a las prácticas punitivas del Resguardo indígena San Lorenzo

Angélica Patricia Noriega Villamizar

Trabajo final presentado como requisito parcial para optar al título de:
Magíster en Derecho – Profundización en Derecho Penal

Directora:
Mg. Adriana Romero Sánchez

Codirector:

Jheison Torres Ávila

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá D.C, Colombia
2021

A mis padres, hermanos y mi amado Ángel Fernando Castro Gutiérrez

Declaración de obra original

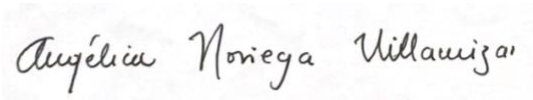
Yo declaro lo siguiente:

He leído el Acuerdo 035 de 2003 del Consejo Académico de la Universidad Nacional. «Reglamento sobre propiedad intelectual» y la Normatividad Nacional relacionada al respeto de los derechos de autor. Esta disertación representa mi trabajo original, excepto donde he reconocido las ideas, las palabras, o materiales de otros autores.

Cuando se han presentado ideas o palabras de otros autores en esta disertación, he realizado su respectivo reconocimiento aplicando correctamente los esquemas de citas y referencias bibliográficas en el estilo requerido.

He obtenido el permiso del autor o editor para incluir cualquier material con derechos de autor (por ejemplo, tablas, figuras, instrumentos de encuesta o grandes porciones de texto).

Por último, he sometido esta disertación a la herramienta de integridad académica, definida por la universidad.



_____

Angélica Noriega Villamizar

Fecha 26/11/2021

Agradecimientos

Aprovecho esta sección del documento, para expresar mis profundos agradecimientos a Arbey Gañan, ex gobernador del Resguardo indígena de San Lorenzo quién con paciencia dispuso del tiempo para explicarme el funcionamiento de las sanciones propias en su comunidad. Espero que la lucha de los pueblos indígenas por sus derechos diferenciados avance satisfactoriamente para que puedan encontrar esa paz tan anhelada en sus territorios y la reafirmación de sus derechos como grupos étnicamente diversos cuyos valores colectivos se afincan en su contacto con la naturaleza y territorio.

Igualmente, doy las gracias a Ángel Fernando Castro Gutiérrez quién con infinito amor me escuchó y aconsejo en mis confusiones teóricas. También a aquellos que me impulsaron para poder finalizar el documento de investigación.

Resumen

Resocialización en contextos de diversidad cultural. Aproximación a las prácticas punitivas del Resguardo indígena San Lorenzo

Los pueblos indígenas en el marco de sus facultades jurisdiccionales de sancionar han recurrido a la privación de la libertad como uno de los dispositivos de castigo. Esta puede ocurrir bien sea, en las prisiones estatales, o en los centros de armonización. Los segundos son espacios construidos desde los usos, valores y costumbres que como grupo étnicamente diferenciado ostentan; y, por ende, se enfocan a la restauración del indígena infractor en escenarios de mayor libertad y relacionamiento con la comunidad, evitando su aislamiento a través de un encierro total. Sin embargo, la prisión estatal continua siendo una opción para el indígena infractor de conductas que atentan seriamente contra la armonía de las comunidades. Los indígenas que son enviados a la prisión estatal se afrontan a un contexto que no ofrece condiciones de vida digna conllevando a la pérdida de su identidad cultural. En este sentido, la Corte Constitucional ha edificado, a partir de los preceptos del derecho penal liberal, el concepto de resocialización étnicamente diferenciada que opera como límite a la potestad sancionatoria de los pueblos indígenas. En consecuencia, esta investigación analiza la influencia del derecho penal liberal en las sanciones propias de las comunidades indígenas, la emancipación judicial que se ha logrado con la gestión de los centros de armonización y la necesidad de abordar la resocialización desde un enfoque intercultural que suponga un verdadero pluralismo jurídico emancipador.

Palabras clave: pueblos indígenas, resocialización, jurisdicción especial indígena, colonialidad jurídica, pluralismo jurídico, castigo**.**

Abstract

Resocialization in contexts of cultural diversity. Approach to punitive practices in the San Lorenzo indigenous reservation.

Indigenous peoples, within the framework of their jurisdictional powers to punish, have resorted to deprivation of liberty as one of the punishment devices. This can occur either in state prisons or in harmonization centers. The latter are spaces built from the uses, values, and customs they hold as an ethnically differentiated group; and, therefore, they focus on the restoration of the indigenous offender in scenarios of greater freedom and relationship with the community, avoiding their isolation through total confinement. However, state prison continues to be an option for the indigenous offender of behaviors that seriously threaten the harmony of the communities. Indigenous people who are sent to state prison face a context that does not offer dignified living conditions, leading to the loss of their cultural identity. In this sense, the Constitutional Court has built, based on the precepts of liberal criminal law, the concept of ethnically differentiated resocialization that operates as a limit to the punitive power of indigenous peoples. Consequently, this research analyzes the influence of liberal criminal law on the sanctions of indigenous communities, the judicial emancipation that has been achieved with the management of the centers of harmonization and the need to address resocialization from an intercultural approach that involves a true emancipatory legal pluralism.

Keywords: indigenous peoples, rehabilitation, indigenous jurisdiction, legal coloniality, legal pluralism, punishment.

Contenido

RESUMEN IX

ABSTRACT X

LISTA DE TABLAS XIII

INTRODUCCIÓN 1

CAPÍTULO 1. RECONOCIMIENTO Y LIMITANTES DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA EN MATERIA PENAL 6

1.1 Apuesta multicultural de la Constitución Política de 1991 en el ejercicio del derecho propio. 7

1.1.1Derecho internacional y autogobierno de los pueblos indígenas 10

1.1.2 Administración de justicia, pueblos indígenas y Constitución Política de 1991 13

1.2 Multiculturalismo, interculturalidad y pluralismo jurídico 16

1.2.1 Bases conceptuales del multiculturalismo liberal 19

1.2.2 Interculturalidad como propuesta alternativa 23

1.2.3 Pluralismo jurídico, derecho propio y pueblos indígenas. 26

1.3 Debido proceso como límite del derecho propio 32

1.3.1 Debido proceso y multiculturalismo 34

1.3.2 Núcleo esencial del debido proceso. 38

CAPÍTULO 2. RESOCIALIZACIÓN Y PLURALISMO JURÍDICO 45

2.1 La resocialización en el sistema penal colombiano 46

2.1.2 Críticas globales a la resocialización 50

2.1.2 Estado de Cosas Inconstitucional y su relación con la resocialización 54

2.2 Resocialización de la pena como derecho fundamental de la persona condenada 57

2.2.1 Alcances de la resocialización en la normatividad internacional 57

2.2.2 Jurisprudencia constitucional 61

2.3 Resocialización como límite de la pena en contextos de diversidad sociocultural 64

2.3.1 Resocialización étnicamente diferenciada 66

CAPÍTULO 3. EMANCIPACIÓN DE LA JUSTICIA INDÍGENA: RELACIÓN INTERCULTURAL DE LA RESOCIALIZACIÓN 73

3.1 Sanción propia. Aproximación al Resguardo Indígena San Lorenzo 74

3.1.1 Precisiones metodológicas 77

3.1.2 Prácticas punitivas del Resguardo Indígena San Lorenzo 80

3.2 Interculturalidad y Resocialización 87

3.2.1 Hacia una concepción intercultural de la resocialización 88

CONCLUSIONES 94

BIBLIOGRAFÍA 99

Lista de tablas

PÁG.

Tabla 1-1 Clasificación jurisprudencial (multiculturalismo e interculturalidad) …. 36

Tabla 1-2 Elementos del principio de legalidad ……. 44

Tabla 2-1 Derechos de reclusos al interior de la prisión…….. 59

Introducción

Las facultades jurisdiccionales reconocidas a los pueblos indígenas colombianos mediante la Constitución Política de 1991[1] representan la potestad de administrar justicia y de esa forma ejercer control social en sus respectivas comunidades imponiendo sanciones propias a quiénes han realizado conductas que atentan contra la armonía, el buen vivir y los valores colectivos de cohesión social edificados en los usos, costumbres y cosmovisión. Lo anterior, ha supuesto retos y desafíos debido a la historia de colonización y pérdida de identidad a la que se enfrentaron los pueblos indígenas en las distintas fases de construcción de la nación colombiana. Es así, que el autogobierno y reconocimiento actual que los pueblos indígenas colombianos ostentan es el resultado de una ardua lucha de resistencia y oposición a políticas que buscaban su asimilación a los principios de la sociedad mayoritaria como lo mencionan Ariza (2009) y Gros (1998).

El reconocimiento constitucional no solo se limita al derecho de autodeterminación que dio origen a la Jurisdicción Especial Indígena[2]. Sino que, de manera expresa, reconoce la diversidad cultural e instaura el Estado pluralista[3] que incorpora aquellos derechos de ciudadanía diferenciada[4]. En consecuencia, el reconocimiento que se hace desde el multiculturalismo liberal y que conduce a un horizonte pluralista ha supuesto el desarrollo constitucional de los derechos indígenas y de su incorporación real a la sociedad respetando las diferencias que como grupo poseen. Además, dio apertura al pluralismo jurídico que ha fortalecido la autonomía de los pueblos indígenas

---

[1] Constitución Política de Colombia. Art. 246 *"Las autoridades de los pueblos indígenas* ***podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos,*** *siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional".* (subrayado fuera de texto)

[2] Ley 270 de 1996. Art 12. Inc. 2

[3] Esta interpretación se da a partir de los artículos 1, 7, 8, 10, 68, 70, 80, 246 y 286 de la Constitución Política de Colombia. Asimismo, consagra el *principio de diversidad étnica y cultural de la nación* que permite al individuo vivir y manifestarse conforme a sus raíces culturales y valores étnicos concretos Sánchez Botero y Jaramillo Sierra (págs. 47,48).

[4] Will Kylimcka en su obra *"ciudadanía multicultural" explica* tres formas de derechos en función de la pertenencia grupal, a saber, derecho de autogobierno, poliétnicos y de representación.

colombianos legitimando el ejercicio de los derechos de autogobierno (Sánchez Botero & Jaramillo Sierra, 2000).

A su vez, el continuo jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana ha evolucionado hacia una visión maximalista en donde se reconoce un mayor grado de autonomía a favor de las comunidades indígenas. De esta manera, la exigencia de cumplimiento de todos y cada uno de los derechos consagrados en la Constitución no es absoluta, muchos de ellos se deberán contrastar con los estándares transgredidos culturalmente (Borrero García C. , 2003), y consecuentemente adecuado diferencialmente a la realidad que gobiernan, donde indiscutiblemente los pueblos indígenas son protagonistas de ese derecho vivo presupuestado constitucionalmente.

Estos precedentes constitucionales junto con las luchas políticas de los múltiples movimientos indígenas han favorecido la recuperación de formas originarias y de su identidad cultural para lograr transformar el paradigma occidental hegemónico, así como la consagración de los derechos que como colectividad gozan (Benavides Vanegas, 2009).

No obstante, en el campo teórico, se ha discutido ampliamente que la construcción normativa a partir del multiculturalismo, así como la autonomía que se ha desprendido desde allí, no es lo suficientemente justa en el sentido de que las relaciones entre grupos dominantes y grupos culturales indígenas continúan siendo desiguales (Cruz Rodriguez, 2014). Es así que se propugna por la incorporación de un enfoque intercultural que, no solo busca igualar las relaciones entre los distintos grupos sociales, sino también es un proyecto descolonizador que propende por la instauración de un diálogo entre culturas donde se aborde las distintas concepciones que se tienen frente a la realidad social sin imponer como límite el marco liberal en sus dimensiones teórico-normativas (Walsh, 2009; Tubino, 2015). Adicionalmente, la tensión entre unidad y diversidad cultural sigue estando latente y, por ello, según Bonilla Maldonado (2006) debería resolverse a través de diálogos interculturales.

De esta manera, persisten visos de colonialidad, en el caso concreto, jurídica que se ha venido implantando en la administración de justicia de las comunidades indígenas (Walsh, 2012). Como ejemplo de ello, se encuentra la hibridez con la que se ha

construido el castigo en el derecho propio[5] (Ariza & Iturralde, 2021). Ello obedece principalmente a las conflictos suscitados por las restricciones internas que orbitan entre garantizar derechos colectivos o individuales. Sobreponiéndose, el debido proceso y la resocialización como límites a ser observados por los pueblos indígenas en materia penal con algunos matices a ser complementados. Por ello, los parámetros que guían el contenido y la forma de la ejecución de la sanción propia se consolida a partir del derecho penal liberal que se funde con las prácticas culturales indígenas.

Entonces, ha existido una influencia, desde el derecho penal liberal de la cultura dominante. Este, se afirma a partir del colonialismo jurídico que supone implícitamente la superioridad de sus normas y el referente a ser reproducido, lo que ha ocasionado que algunas comunidades indígenas se apropien de la prisión y privación de la libertad como dispositivo idóneo para el castigo de conductas que atenten contra la armonía, sin que ella necesariamente represente los valores culturales (Ariza & Zambrano, 2012). Además, esta repercusión que proviene desde el sistema de justicia nacional, no se adhiere a las demandas actuales del pluralismo jurídico emancipador cuya base es la interculturalidad y, que reclama las relaciones y diálogo jurídico entre iguales.

En este sentido, los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas continúan conquistando espacios y procurando la legitimidad interna y externa de la sanción propia. Justamente, en ejercicio de las reivindicaciones, de enriquecer, y robustecer las normas y autoridad jurisdiccional, los pueblos indígenas han logrado transformar el paradigma asimilacionista de carácter penal. Así, han consolidado esfuerzos en la determinación de sus significados culturales y, del contenido y alcance de la ejecución del castigo para conformar su propia identidad punitiva[6] que se orientan a buscar la realización de sus fines y funciones, tales como la restauración espiritual del indígena infractor, persistiendo como reto el tratamiento igualitario de sus sistemas judiciales.

---

[5] El derecho propio es entendido como “el derecho de nosotros, indios e indias, a seguir viviendo y formando parte de la historia. El Derecho Propio está constituido por: a) las formas de existencia y resistencia de cada pueblo; b) las manifestaciones culturales y de relación con la naturaleza y con nuestro entorno que constituyen un elemento fundamental en la cosmovisión propia; c) los legados de Autoridad y Dirección de cada; d) el Derecho Propio tiene relación con: la Autonomía, lo Cultural, lo territorial, el resurgimiento de lo propio, el fortalecimiento y defensa territorial, lo colectivo, las cosmovisiones, y lo integral (Organización Nacional Indígena de Colombia, 2007, pág. 18).

[6] En la jurisprudencia constitucional reciente, se ha observado un activismo judicial por parte de autoridades tradicionales indígenas y de comuneros indígenas privados de la libertad en centros de reclusión estatal. Se pueden observar las sentencias: (T-921 de 2013) y (T-208 de 2015).

Las alternativas que los pueblos indígenas han encontrado para descolonizar y generar nuevos entendimientos de los tradicionales discursos punitivos de ejecución de la pena basados en ideas resocializadoras resulta de vital importancia para ser analizada. Esta investigación, se hizo bajo un enfoque cualitativo que describe y analiza la correlación existente entre las facultades jurisdiccionales de los pueblos indígenas de sancionar, las elaboraciones teóricas de multiculturalismo e interculturalidad que dan paso al reconocimiento de pluralismo jurídico y el discurso punitivo de la resocialización como finalidad de la pena.

Para ello, se realizó un análisis documental de literatura nacional, regional y global con el fin de establecer la estructura y principales premisas de las nociones teóricas ya mencionadas. Simultáneamente, bajo la técnica hermenéutica, se revisó la normatividad y jurisprudencia relacionada con la temática que se aborda para lograr una adecuada identificación de contradicciones, deficiencias, omisiones u excesos que no contribuyen a la construcción intercultural de la resocialización como fin y justificación de las sanciones propias en el marco de un pluralismo jurídico emancipador. Finalmente, se llevo a cabo un estudio de caso al Reguardo indígena San Lorenzo del pueblo indígena Embera Chamí con el objetivo de conocer el ejercicio de derecho propio en materia penal, el manejo de la privación de la libertad a indígenas infractores y la forma y contenido de la restauración como fin de su sanción propia. En tal sentido, se revisó la literatura que los Mayores de la comunidad han escrito y se adelantó una entrevista semi estructurada con un ex gobernador del Resguardo mencionado. Las variables que se tuvieron en cuenta para la formulación de las preguntas fueron derecho propio e interculturalidad, tipología de sanciones y procesos de armonización/resocialización.

Por tal razón, en el primer capítulo se describe el posicionamiento constitucional asignado al derecho de autogobierno que incorpora las potestades judiciales y cuyo antecedente directo surge del Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo. A su vez, se caracterizan las principales discusiones teóricas en torno al multiculturalismo liberal y a la interculturalidad como elaboraciones políticas de la teoría estatal para gestionar la diversidad cultural, teniendo un impacto concreto en las formas de concebir el pluralismo jurídico. Finalmente, se reconstruyen los límites que desde la Corte Constitucional se le ha impuesto a la Jurisdicción Especial Indígena con especial énfasis en el debido proceso.

En el segundo capítulo, se analiza el discurso punitivo de la resocialización en el derecho penal liberal. Para ello, se explica el funcionamiento de la resocialización en el derecho penal colombiano y su categoría de derecho fundamental que propicia su límite a la administración de justicia de las comunidades indígenas. Explicando, en su última parte las sentencias (T-921 de 2013) y (T-208 de 2015) que se constituyen en ejes articuladores de la ejecución de la pena de miembros de comunidades indígenas sea, en prisiones estatales o en centros de armonización, bajo la denominación de resocialización étnicamente diferenciada que busca proteger la identidad cultural del indígena infractor.

Por último, el tercer capítulo se enfoca en el estudio de caso del Resguardo indígena San Lorenzo, del pueblo Embera Chamí quiénes han consolidado el ejercicio de derecho propio en materia de castigo desde inicios del siglo XXI por medio de la construcción del centro de resocialización. También, fueron actores de la sentencia T-921 de 2013. Esto, para hacer una aproximación de cuales son los elementos a tener presente en un discurso punitivo resocializador en sociedades democráticas pluralistas. En consecuencia, la emancipación en materia de castigo que ha hecho la comunidad indígena mencionada permite entender un uso restrictivo de la prisión y la re conceptualización de la privación de la libertad en escenarios más amenos y más abiertos con preeminencia a objetivos restauradores de valores colectivos y personales que contribuyen a la conformación de un concepto de resocialización intercultural.

Capítulo 1. Reconocimiento y limitantes de la Jurisdicción Especial Indígena en materia penal

La construcción política de los Estados latinoamericanos, precedidos por el fenómeno colonizador, implicó la imposición de normas y perspectivas hegemónicas que excluían los valores asociados a los pueblos indígenas, su reconocimiento como tal, la supresión de su historia y sus referentes axiológicos, así como de su sincretismo espiritual[7]. Ante este panorama colonialista que, suponía el ejercicio de violencias sobre el cuerpo y la subordinación de la identidad y patrones culturales de las comunidades indígenas, surgieron procesos de lucha y de emancipación en búsqueda de la reivindicación de sus derechos, valores y principios que los define como pueblo; asimismo, los pueblos indígenas abogarían por su inclusión en la sociedad desde los componentes políticos y jurídicos. En el trasegar de esta lucha, se observa la aplicación del concepto teórico de *movilización legal* que incorpora la aprehensión de la normatividad y mecanismos jurídicos como herramientas transformadoras y protectoras de una realidad en contraposición a una visión de la eficacia simbólica del derecho o del sometimiento de este a quién detente el poder (Lemaitre Ripoll, 2009)

En el caso colombiano los pueblos indígenas han asegurado el ejercicio del derecho propio integrando su cosmovisión y valores culturales e identitarios en la sanción a conductas contra la armonía de la comunidad. Lo anterior, ha entrañado procesos histórico-políticos que les ha permitido lograr un mejor desenvolvimiento de su diversidad cultural en condiciones de igualdad frente al Estado y la sociedad mayoritaria.

[7] Como lo menciona (Ariza L. J., 2009) los discursos críticos-subjetivos sobre la comprensión del otro basados en las ideas preconcebidas del colonialismo español y en la regeneración forjaron la identidad indígena. Es así como los pueblos indígenas se neutralizan hasta casi su desaparición por los riesgos que conllevaba el reconocimiento de la diversidad cultural en el proyecto de unidad política de la nación emergente.

Por supuesto, habida cuenta de los retos y desafíos que en el campo del pluralismo jurídico aún están por resolverse.

Al respecto, el presente capítulo se encarga en un primer momento de explicar la normativización de derechos de los pueblos indígenas en el ámbito internacional y nacional profundizando en las facultades jurisdiccionales otorgadas. En un segundo momento, se describe el alcance y contenido de los derroteros teóricos que buscan explicar el relacionamiento entre valores culturalmente diversos. Esta explicación persigue tener referentes de interculturalidad y multiculturalismo que, desde las ciencias sociales, puntualmente la filosofía política, han permeado la forma y estructura del derecho propio. Desde el campo del derecho se abordan las principales discusiones en cuanto a pluralismo jurídico y cómo este debe enfocarse hacia la emancipación para lograr la traducción intercultural de concepto jurídicos, como es el caso de la sanción penal, de tal modo que se respete la autonomía reconocida en el texto constitucional y por supuesto sus identidades culturales diversas. Finalmente, se describe el alcance y contenido que se la asignado a la Jurisdicción Especial Indígena, en adelante JEI, confrontando los límites que las normas constitucionales le imponen en su potestad punitiva.

1.1 Apuesta multicultural de la Constitución Política de 1991 en el ejercicio del derecho propio.

La construcción jurídica y social de la nación colombiana, especialmente en la fase histórica de la Constitución Política de 1886, estuvo asociada al establecimiento de límites que permitían y facilitaban la exclusión de las comunidades indígenas y, en general, a cualquier forma cultural y étnica distinta[8]. La exclusión de la alteridad en sí misma. Estos límites posibilitaron el sostenimiento de las relaciones de poder y el trato desigual que pretendió consolidar la identidad indígena a partir del entendimiento liberal sobre el ser humano, su forma de vida, costumbres, perspectivas ideológicas y religiosas.

[8] Un ejemplo de ello, lo constituye la Ley 89 de 1890 que, en sus artículos 1 y 2, estableció dos categorías de indígenas, explicadas a continuación:

Categoría	Normativa aplicable
Salvajes	Métodos de las Misiones cristianas para reducirlos a la vida civilizada
Indígenas Civilizados	Ley 89 de 1890- Las otras leyes de la República no le eran aplicables

La imposición de discursos coloniales basados en las narrativas de diferencia racial y negación de identidades esconden una realidad que está asociada a la colonialidad del poder en sus variadas dimensiones, económica, política, de conocimiento, judicial, entre otras. Indiscutiblemente, si bien existía un ejercicio de dominación y represión de la indigenidad, las tensiones generadas fueron múltiples por los evidentes conflictos suscitados entre colonizadores y colonizados. Los últimos, por supuesto, sosteniendo la lucha por la pervivencia de la diversidad cultural y la desintegración del régimen hegemónico.

La lucha indígena siempre ha estado presente, fortaleciéndose aún más en los años sesenta y setenta[9]. Anterior a esto, aunque hubo movimientos emancipatorios[10] que estaban encaminados a reformas agrarias en la adjudicación de las tierras desposeídas, quedaron mimetizados en las identidades de clase, bajo la etiqueta de campesinos[11] y no en la reivindicación de la identidad cultural (Assies, 2009). Sin embargo, en Colombia,

[9] "En el año 1940 los gobiernos latinoamericanos se reunieron para dar una solución a la cuestión indígena a través de la creación del Instituto Indigenista Interamericano y de la celebración del I Congreso Indigenista Interamericano, que intentó delinear las políticas estatales en relación con las comunidades indígenas. Para el año 1959 ya se habían celebrado tres congresos más. En estos congresos se resumen los principales argumentos de las demandas de los movimientos indígenas de América Latina: el reconocimiento del Estado como un estado pluriétnico y la necesidad de que el Estado desarrolle políticas culturales que permitan la inclusión de los indígenas, pero teniendo en cuenta su diferencia cultural. Pese a esta agenda, lo cierto es que el movimiento indigenista fue una forma de conversión de las luchas culturales de los indígenas en luchas de clase y uno más de los intentos de asimilación de los indígenas a las naciones latinoamericana" (Benavides Vanegas, 2010, pág. 245)

[10] A inicios del siglo XX, apareció la figura del indígena Quintin Lame quien" promovió un movimiento social contra los hacendados, conocido como la quintiada no de cuyos hechos destacados sucedió en el año 1914, cuando planeó un levantamiento en Cauca, Huila, Tolima y Valle para constituir una república indígena. Por su resistencia, este líder estuvo arrestado 150 veces, lo que significó pasar 18 años, 7 meses y 21 días en las cárceles colombianas. Pero con su arduo trabajo revitalizó la lucha ancestral por la tierra y la cultura. Manuel Quintín Lame fue el líder de las luchas surgidas por las precarias condiciones que vivían los indígenas durante los primeros años del siglo anterior y hasta su muerte en 1967. Esas luchas encontraron sustento en la Ley 89 de 1890, que fue su bandera" (Rodríguez, 2015, págs. 60-61). En las asambleas que dieron génesis al CRIC, se dispusieron los siguientes puntos que abogaron por un fortalecimiento del desarrollo económico, cultural y etnoeducativo: 1. Recuperar las tierras de los resguardos, 2. Ampliar los resguardos, 3. Fortalecer los cabildos, 4. No pagar terrajes, 5. Hacer conocer las leyes sobre indígenas y exigir su justa aplicación, 6. Defender la historia, la lengua y las costumbres indígenas, 6. Formar profesores indígenas para educar de acuerdo con la situación de los indígenas y en su respectiva lengua (CINEP, 1981, págs. 12-13) en las asambleas que dieron génesis al CRIC, se dispusieron los siguientes puntos que abogaron por un fortalecimiento del desarrollo económico, cultural y etnoeducativo: 1. Recuperar las tierras de los resguardos, 2. Ampliar los resguardos, 3. Fortalecer los cabildos, 4. No pagar terrajes, 5. Hacer conocer las leyes sobre indígenas y exigir su justa aplicación, 6. Defender la historia, la lengua y las costumbres indígenas, 6. Formar profesores indígenas para educar de acuerdo con la situación de los indígenas y en su respectiva lengua (CINEP, 1981, págs. 12-13)

[11] Las comunidades indígenas se unieron y crearon el Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC) que toma como modelo las organizaciones campesinas del Cauca, pues en su sentir "nosotros creíamos que "ser indio" no era bueno y que para echar adelante había que copiar lo que venía de afuera" (CINEP, 1981, pág. 11). En un esfuerzo común, las exigencias se dirigieron a la recuperación de tierras despojadas, no siendo suficiente ello y, por ende, se apartan del modelo de organización campesina al pretender obtener del Estado el reconocimiento y valor de los significados culturales que los unen como comunidad étnica

la utilización de las normas consagradas en la Ley 89 de 1890[12] y su interpretación favorable en la adquisición de mayores parcelas de tierra bajo las figuras de resguardos, desempeñaron un rol fundamental[13]. Como lo menciona (Gros & Ochoa, 1998) “la tierra, su control y gestión ocupó un lugar estratégico en la reivindicación de una identidad indígena” (Gros & Ochoa, 1998).

La Constitución Política de 1991, así como las diversas normas de carácter internacional que se han promulgado sobre la temática étnica han resultado trascendentales en el reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas colombianas. No obstante, las reivindicaciones de las comunidades indígenas, en especial en lo que se refiere a la JEI aún tiene un arduo camino por recorrer para lograr un trato igual y la descolonización de los parámetros occidentales que han permeado las formas de ejercer justicia.

Es así como el cambio de régimen constitucional supuso transformar la categoría de indígena para dotarla de derechos que sistemáticamente habían sido negados a través de las diversas fases de las políticas étnicas[14]. Al respecto, Muelas Hurtado (2011) explica que el objetivo no solo estaba encaminado a que el texto constitucional expresara retóricamente el carácter multiétnico y pluricultural del país; consideraba absolutamente necesario que los derechos reconocidos en función de la identidad étnica quedaran incorporados de manera explícita e inequívoca. No solo se trataba de un reconocimiento formal y jurídico que, sin duda alguna fortalece a las comunidades indígenas, sino también, este cambio constitucional debería ser una herramienta para el respeto a la diferencia, al ser diferente y al pensar diferente.

---

[12] Esta ley, tenía por objetivo gobernar a “los salvajes y reducirlos a la vida civilizada”. Tuvo como consecuencia la designación de un espacio concreto para el desarrollo de vida de las comunidades indígenas, lo que representó un régimen de inclusión mediante la exclusión ya que materialmente no tenían ninguna injerencia en las decisiones políticas que tuviesen algún efecto en ellos (Gros, 1993). Mediante la sentencia C- 139 de 1996 se declararon inexequibles los artículos 1, 5 y 40 de la Ley 89 de 1890. Posteriormente, se promulgó la Ley 72 de 1892 que entregó el poder a la Iglesia para que decidieran sobre los asuntos penales, civiles y judiciales para los indígenas que aún no habían salido del estado salvaje y no habían recibido la fe cristiana como modo de vida. Lo anteriormente descrito, en la práctica, impactó levemente la forma de ejercer el autogobierno por medio de las justicias indígenas. Como señala, (Gómez Valencia, 2015) realmente la Iglesia se preocupó más por catequizar que por administrar justicia en las comunidades indígenas, realizando una labor al respecto de baja intensidad.

[13] Este ejercicio, se observó particularmente en los resguardos de Guambía y Tacueyó (CINEP, 1981).

[14] Para Roque Roldán Ortega (2000) y (Rodríguez, Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia. Luchas, contenido y relaciones, 2015) las fases históricas de las políticas indígenas en Colombia se dividen en cuatro: 1) la Conquista, 2) la Colonia, 3) la República y 4) Pluralismo y multiculturalismo

1.1.1 Derecho internacional y autogobierno de los pueblos indígenas

En los escenarios sociopolíticos de carácter internacional, se discutía sobre la necesidad de otorgar prerrogativas de protección y emancipación a las comunidades indígenas. En general, se abogaba por conferir autonomía y autogobierno respetando las ideologías y perspectivas de vida en concordancia con las alegaciones que los movimientos indígenas venían expresando con anterioridad. Estas discusiones, sin lugar a duda, influenciaron la construcción del régimen constitucional colombiano étnico de 1991. Hábilmente, los movimientos indígenas lograron transmitir en estos escenarios sus exigencias frente a un estado hegemónico que no les consideraba sujetos de derechos sino seres salvajes y, por ende, el trato recibido no correspondía a principios de dignidad y humanidad.

El sistema internacional, hasta antes del siglo XX, no tenía en cuenta a las comunidades indígenas por considerarles inferiores a la civilización occidental y, por lo tanto, sus intereses no aparecían en las acciones de cooperación y de integración de los Estados. Solo hasta 1940, se observaron tímidos esfuerzos de preocupación por la situación de los pueblos indígenas por parte de la Organización de las Naciones Unidas, en adelante ONU, (García Martínez, 2017). Es a partir de allí que, bajo la lógica del derecho internacional de los derechos humanos, se comienzan a vislumbrar intervenciones a favor de la población indígena que se encuentra aún sometida a narrativas de colonialismo interno, de negación de su dignidad y de contravención de los patrones culturales.

Este, es el comienzo de un nuevo orden normativo internacional[15] que propende por la autonomía de los pueblos indígenas y aboga por su reconocimiento cultural.

En este sentido, el Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo, en adelante OIT, de 1957 hace un primer acercamiento a la situación de los indígenas trabajadores y consiguientemente promueve la igualdad en las condiciones sociales y

[15] De acuerdo con (Rodríguez, 2015), los instrumentos internacionales de protección de pueblos indígenas ratificados por Colombia, para la fecha de publicación de su texto, ascendían a 10 y se presentan a continuación: 1) Convenio 107 de 1957 -OIT, 2) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 -ONU, 3) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 1966-ONU, 4) Tratado de Cooperación Amazónica de 1978-OCTA, 5) Convención sobre los derechos del niño de 1989-ONU, 6) Convenio 169 de 1989-OIT, 7) Convenio sobre Diversidad Biológica de 1991-ONU, 8) Decisión 391 de 1996- Comunidad Andina, 9) Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007-ONU, 10) Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial-1965 -ONU.

económicas de ellos. Al mismo tiempo que reconoce el derecho consuetudinario indígena. A pesar de este avance, el Convenio 107 es insuficiente en el sentido de que da preferencia a un modelo occidental de corte asimilacionista e integracionista y a una perspectiva de indígena que requiere de la civilidad (Anaya, 1996).

Teniendo presente que las reivindicaciones de la causa indígena continuaban insistiendo en un régimen más progresista y respetuoso de sus derechos, se revisa el Convenio 107 dando origen al Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989 de la OIT[16].

El Convenio 169 OIT, recoge las principales pretensiones en torno a la autodeterminación de las comunidades indígenas, el control de sus instituciones, desarrollo económico, y la definición y conservación de su identidad a partir de sus propios valores y cultura. Además de procurar acciones para la no discriminación, derechos sobre la tierra y respeto por las aspiraciones de dichas comunidades (Anaya, 1996). En general, procura la garantía de los derechos de comunidades indígenas que incluyen un carácter colectivo. Siguiendo lo planteado por (Clavero, 1994), “se trata de reconocer y adjudicar a estos pueblos competencias de intervención efectiva para el mantenimiento de sus culturas y para el control más concreto de sus territorios y recursos y de su propio destino” (pág. 77).

De esta forma, se convirtió en la legislación modelo sobre el tratamiento jurídico que los Estados deberían de enunciar a favor de las comunidades indígenas. Esta regulación internacional ha influenciado positivamente a América Latina, ya que se ha incorporado en sus modelos normativos dando paso al avance de derechos diferenciados y reconocimiento a la diversidad sociocultural (Courtis, 2009).

[16] A destacarse que el C169 OIT se convierte en un hito por el reconocimiento a la diferencia y la garantía de autodeterminación de los pueblos indígenas[16]. Al mismo tiempo, que considera asertivo denominarle “pueblos” legitimándolos como sujetos colectivos de derecho, desprendiendo obligaciones para los Estados en este sentido (Sánchez Botero, 2010) .

Concretamente, frente a la función jurisdiccional de administración de justicia por parte de los pueblos indígenas, el C 169 OIT lo incorpora en los artículos 8[17] y 9[18]. Yrigoyen Fajardo (2004) sostiene que una de las fortalezas de la mencionada norma internacional consiste en que las posteriores reformas a los textos constitucionales incorporaron un enfoque de derecho propio, materializado en la permisión de facultades de administración de justicia y en la apertura al pluralismo jurídico. Es así, que los pueblos indígenas quedan legitimados para ejercer justicia conforme a sus usos y costumbres e instituciones propias. No obstante, de la lectura de las disposiciones ya mencionadas, es claro que se establece una jerarquía de normatividad en lo que se refiere a los derechos fundamentales individuales de carácter liberal reconocidos en el marco de los ordenamientos jurídicos nacionales o en el sistema de normas internacional. Lo anterior, constituye un límite para función jurisdiccional.

Por otra parte, en el año 2007, la Asamblea General de la ONU, partiendo de un criterio de igualdad, de respeto y de diferencia, proclamó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en adelante, DNUDPI. En general, la DNUDPI se encarga de delimitar un marco internacional que reúne los principales estándares en torno a la afirmación de derechos de comunidades indígenas y procurando la supresión de prácticas estatales nugatorias del respeto y la dignidad que como sujetos colectivos poseen. Para (Zalaquett Daher, 2008) está nueva norma se convierte en un avance jurídico de alcance internacional en la materia y resalta de su contenido tres grandes categorías de derechos reconocidos: 1) derechos colectivos de libre autodeterminación y autogobierno (incluyendo las funciones jurisdiccionales de administración de justicia), 2) derechos colectivos a la tierra y recursos naturales y 3) derechos relativos a la conservación de la diversidad cultural.

En palabras de Sánchez (2001) los instrumentos y el reconocimiento internacional a la diferencia ha implicado que desde la visión liberal se transformen tres pilares básicos

[17] Artículo 8: 1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. 3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

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

como son el sujeto, el principio de igualdad y el interés general. Así, por sujeto no se debe entender al hombre individualmente considerado sino también la existencia de sujetos colectivos. Por su parte, la revisión al principio de igualdad ha involucrado que se realicen tratamientos diferenciados a los sujetos que se encuentren en situaciones diferentes. El interés general ahora incluye los intereses de los grupos minoritarios. Adicionalmente, se ha modificado el concepto de derechos individuales y de soberanía. Del que se deprende el reconocimiento de la autonomía en cada una de sus dimensiones (política, económica y jurídica).

Innegablemente, los instrumentos internacionales descritos se convierten en un mecanismo normativo solido que permite, aún en la actualidad, el desarrollo de políticas y normas nacionales encaminadas a consolidar las reivindicaciones identitarias fundadas en la igualdad, el respeto a la diferencia y el significado de autogobierno que engloba la temática que viene tratándose. En el desarrollo de este derecho internacional, es claro que se impulsa el ejercicio de derecho propio y los métodos de control del delito al interior de los pueblos indígenas (Yrigoyen Fajardo R. , 2012; Rodríguez, 2015).

1.1.2 Administración de justicia, pueblos indígenas y Constitución Política de 1991

La política multicultural y de reconocimiento, especialmente a minorías indígenas es el resultado de la lucha de los movimientos políticos que como ya se expresó en líneas precedentes impulsaron un respeto sustancial-jurídico por los derechos individuales y colectivos que envuelve a estas comunidades y que fueron negados de manera categórica por la Constitución de 1886, al pretender instaurar la homogeneización, exclusión y centralización como principios fundantes del desarrollo de la nación.

En la Constitución Política de 1991 se materializa el reconocimiento de un estado pluralista. El cambio de régimen constitucional que se gestó fue producto de la crisis política que atravesaba Colombia en las últimas décadas y de la proliferación de la violencia multidimensional[19]. Por supuesto, la situación de violencia, pobreza y

[19] Durante la democracia restringida (el autor citado utiliza este término para referirse al período del Frente Nacional en el que además surgieron varios movimientos guerrilleros), se desvanece la legitimidad y credibilidad que los ciudadanos tenían respecto de las instituciones y de sus dirigentes políticos debido principalmente a la ruptura en la interlocución entre Estado y sociedad. Lo anterior, conllevó a la debilitación del Estado que junto con otras circunstancias como la descomposición social y proliferación de la violencia crearon un ambiente social, económico y político frustrado que era inviable (Buenahora Febres-Cordero, 1991).

desigualdad social no era ajena a los pueblos indígenas colombianos[20]. Incluso, ha de recordarse que la Constitución Política del año 1886, excluía del texto cualquier alusión a la población indígena. Por ende, no se establecía desde la norma fundamental sus derechos ni se incorporaban como "ciudadanos" del Estado colombiano, lo que los ubicaba en una posición de inferioridad frente a la sociedad mayoritaria (Gros, 1993)

De esta forma, el desarrollo y diseño del nuevo texto constitucional que reemplazó la Constitución de 1886 respondía, al menos, a cinco grandes objetivos: 1) crear un sistema político abierto, eficaz y descentralizado que representara los intereses de los ciudadanos; 2) poner fin a la violencia y, por ende, alcanzar la paz; 3) fortalecer la democracia; 4) incorporar ampliamente un sistema de derechos y garantías; y 5) redefinir la estructura básica del Estado (Dugas, 1993; Bonilla, 2006).

La revisión constitucional que llevó a cabo Colombia le permitió revaluar su estructura como Estado y dar paso a nuevas ideologías para la redefinición de principios, del catálogo de deberes y derechos de los ciudadanos. Es así como intenta superar la fragmentación cultural que supuso el régimen político hegemónico y homogeneizante durante las diferentes fases de construcción de la nación. Por ello, el nuevo texto constitucional, se enfoca en reconocer los diferentes grupos culturales, acentuando positivamente las diferencias y otorgando valor a las diversas formas de pluralismo a través del reconocimiento de derechos diferenciados en función del grupo, particularmente a los pueblos indígenas (Uprimny, 2011).

Evidentemente, la Constitución Política de 1991 representó un cambio para el pueblo colombiano ya que desde su construcción dogmático-política intenta incorporar valores y derechos históricamente demandados por los diversos sectores. Su carácter neoconstitucional reforzó no solo la declaración de derechos individuales sino la incorporación de otros derechos como es el caso de los derechos especiales de autonomía y ciudadanía a los pueblos indígenas. Partiendo también de una re-interpretación de la igualdad, profundizó en la necesidad de adoptar estrategias que permitan nivelar las relaciones con los grupos discriminados (Uprimny Yepes & Sánchez Duque, 2012). El cambio del modelo de Estado introducido doto de validez el derecho

[20] La política indigenista de la década de 1980 "estaría acompañada de una serie de reformas que promoverán la participación popular y la acción comunitaria, con el objetivo oficial de mejorar las condiciones de vida de las poblaciones menos favorecidas y de introducir una democracia más directa" (Laurent, 2005, pág. 110)

propio y los sistemas de administración de justicia de los pueblos indígenas y los inserta como una jurisdicción más de la rama judicial[21] (Sánchez Botero, 2005).

Su impacto concreto en la forma de administrar justicia por parte de pueblos indígenas se concentra en el artículo 246[22]. La cláusula que se ha integrado de jerarquía normativa con la Constitución y leyes de la República ha sido ampliamente analizada por la Corte Constitucional. No obstante, es pertinente señalar que ha transitado entre posiciones minimalistas y maximalistas de autonomía de la jurisdicción especial indígena, teniendo más eco aquella interpretación que dispone la maximización de la autonomía jurisdiccional que ha guiado el análisis en diversas materias comprendiendo la referente a derecho penal.

En consecuencia, la administración de justicia ejercida por los pueblos indígenas es un derecho colectivo fundado en la autonomía que debe ser analizado teniendo en cuenta la heterogeneidad de usos y costumbres que existen alrededor de todas las poblaciones indígenas presentes en Colombia. Este derecho comprende no solo la resolución de conflictos suscitados al interior de las comunidades sino también la generación de normas y prácticas que deben ser observadas. En sentencia (T-921 de 2013), la Corte Constitucional explica las dos dimensiones constitucionales que han sido adjudicadas a la JEI:

> Se ha reconocido que la JEI tiene dos (2) dimensiones: (i) un resultado y un instrumento de protección de la diversidad étnica y cultural del pueblo colombiano garantizada por la Constitución y en particular de la identidad y la autonomía de las comunidades indígenas y; (ii) desde la perspectiva individual, y particularmente en materia penal, constituye un fuero especial para los indígenas.

Para concluir es de destacarse, lo planteado por Sánchez Botero (2009) en el que expresa que la oficialización del derecho propio debería obligar a construir una cultura jurídica pluralista basada en las diferencias y la igualdad, pero con la perspectiva de que

[21] Para (Bonilla Maldonado, La Constitución multicultural, 2006) en el texto constitucional existe una tensión entre diversidad y unidad cultural que en abstracto representa a través de un péndulo. Indica que respecto a las facultades jurisdiccionales de los grupos indígenas este péndulo transita entre el monismo y pluralismo jurídicos por la ambigüedad de los derechos de autogobierno.

[22] Artículo 246. Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, **siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República**. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

se comparte un mismo núcleo normativo, en este caso la Constitución Política. En consecuencia, la norma de normas reconstruye un sistema jurídico de tipo igualitario que se adapta a otro derecho indígena distinto al ordinario para garantizar al Estado la unidad y el principio de legalidad. Sin embargo, el fenómeno colonial es de tal envergadura y dimensión que ha permeado cada una de las esferas de los Estados que en el pasado estuvieron sometidos a un gran imperio y es posible que jamás desaparezca (Walsh, 2018). Por ello, las disposiciones normativas y el alcance que se le otorgue a las mismas dependen del ejercicio asertivo de tales derechos reconocidos. Las interpretaciones dadas a las normas constitucionales sobre la temática en cuestión deben enfocarse en una dialéctica progresista que tenga en cuenta los elementos histórico- jurídicos de los pueblos indígenas y por su puesto el respeto a su dignidad como sujetos colectivos. Al mismo tiempo que debe brindar opciones de solución basadas en consensos sobre las tensiones que día a día afronta la JEI no solo en lo que refiere a conflictos externos con otros grupos poblacionales sino internos con sus mismos comuneros.

1.2 Multiculturalismo, interculturalidad y pluralismo jurídico

El abordaje teórico- político de la diferencia ha cobrado relevancia en los Estados plurales debido a la lucha que los diversos sectores sociales o minorías han emprendido para el reconocimiento de sus derechos. El gestionar normativamente como Estado la diversidad cultural ocupándose de los intereses de los distintos sectores sociales, enfrenta el desafío de lograr correlación entre lo normativamente dispuesto y las realidades que en la práctica suscita las tensiones con pueblos indígenas. La gran apuesta estriba en que, las relaciones Estado- sociedad y entre grupos poblacionales de la sociedad cuya base son los elementos identitarios, sean orientadas por la igualdad para construir proyectos comunes y respuestas a los conflictos de manera consensuada.

La discusión actual sobre alteridad y su inclusión positiva en el modelo democrático se continúa concentrando en lo que (Carbonell, 2004) denominaba “hacer posible la convivencia intercultural con el respeto a la diversidad” (pág. 25). Y, justamente es a partir de los principios establecidos en la Constitución Política de 1991, autonomía individual y autogobierno colectivo, que se puede buscar lo que (Gargarella, 2020) califica “la conversación entre iguales” que básicamente integraría a muchas voces de

la sociedad para discutir y modular los puntos de desencuentro sin que una de esas voces concentre el poder para definir e interpretar el debate conforme a sus intereses y valores que obedecerían a una sola manera de percibir la existencia humana.

Las reflexiones teóricas en torno a la inclusión de la diferencia en los modelos democráticos de corte liberal surgieron en los años setenta[23]. Poco a poco las discusiones en cuanto a etnicidad y política de la diferencia fueron tomando fuerza en las apuestas analíticas de la filosofía política. Kymlicka (2003), principal exponente del multiculturalismo explica que la evolución del debate sobre derechos de las minorías se puede representar a través de tres fases:

- *Primera fase: interpretación de los derechos de las minorías desde el comunitarismo*: se sitúa con anterioridad a 1989 bajo la tradicional disyuntiva de libertad individual y oposición a derechos colectivos. En esa línea, las ideas introducidas por el comunitarismo eran las únicas que permitían comprender que los derechos colectivos son esenciales a las comunidades para afirmar su valor y cohesión.
- *Segunda fase: cultura e identidad para el liberalismo*: explica que las mayorías y minorías aceptan los valores democráticos liberales, pero no son suficientes en relación con las comunidades étnicas que exigen la incorporación de derechos diferenciados. El planteamiento se centra en entender que la reivindicación de cultura e identidad se puede realizar desde los principios de libertad e igualdad, reinterpretándolos y dotándolos de un mayor alcance para que pueda satisfacer las demandas de las minorías. Asimismo, considera que el reconocer derechos diferenciados permite que los Estados fortalezcan sus modelos democráticos.
- *Tercera fase: derechos de minorías y construcción nacional*: aboga por edificar los Estados de manera justa; así, la construcción nacional no dependería del concepto de justicia que históricamente impuso la mayoría sino de articular un concepto de justicia etnocultural integrando las condiciones que requieren las minorías para ejercer sus proyectos y planes de vida.

A lo anterior, habrá que sumar los discursos sobre decolonialidad del poder y desplazamiento de la modernidad que fueron introducidos en Latinoamérica por Aníbal Quijano en la década de los noventa. La perspectiva epistémica propuesta nutre

[23] Canadá adoptó un modelo multicultural debido a las metas colectivas que se exigían desde Quebec relacionadas con el lenguaje, aseguramiento de la integridad de su forma de vida y algunos ideales separatistas de una parte de la población francófona de Quebec. El multiculturalismo fue la forma empleada para preservar la unidad nacional y el respeto a la diferencia (Taylor, 2009).

posteriormente el desarrollo de la elaboración teórica de interculturalidad. Concretamente Quijano (2014) acuña los términos de colonialidad del poder y patrón colonial del poder para entender cómo desde la época de la conquista de América se estableció una clasificación racial/étnica de la población del mundo que asignaba roles de poder en cada uno de los ámbitos sociales en función de la mencionada clasificación. De esta forma, los planteamientos esbozados por el autor entienden que el elemento binario modernidad/colonialidad se constituye en la base de relaciones subjetivas modeladas por el eurocentrismo que categoriza los seres humanos en “inferiores y superiores, irracionales y racionales, primitivos y civilizados, tradicionales y modernos” (pág. 287). Este enfoque busca entender la necesidad de un giro decolonial y un nuevo horizonte histórico social transformando radicalmente el manejo del patrón cultural del poder (Mignolo, 2020).

De esta forma, ha de considerarse el multiculturalismo y la interculturalidad como dos corrientes que han tenido y tienen un impacto en Latinoamérica. Ambas formulaciones tienen por objetivo delinear los referentes de la gestión de la diversidad cultural en cada una de las dimensiones sociopolíticas de los pueblos indígenas. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que la génesis es diferente en cada una de ellas. Mientras el multiculturalismo responde a un contexto social, económico, demográfico y político de los países del norte global, la interculturalidad aparece como teoría elaborada desde los pueblos indígenas latinoamericanos cuyo contexto está marcado por un persistente colonialismo externo e interno, conflictividades sociales y una evidente ruptura de la igualdad formal y profundización de la desigualdad material.

Ello, no quiere decir que no existan rasgos comunes de negación de derechos con las minorías de los países del norte global, solo es para entender que la elaboración conceptual de multiculturalismo se crea para países más desarrollados y con menores conflictividades sociales que las vividas en Latinoamérica, especialmente en Colombia. No obstante, como se verá más adelante, el multiculturalismo no es antagónico de la interculturalidad, aunque esta última si se haya formulado como crítica del primero. Ambas creaciones teóricas tienen principios en común, pero conciben de manera distinta el poder y las formas de interrelación de los derechos diferenciados de los pueblos indígenas (Borrero García C. A., 2014).

Adicionalmente, han tenido un impacto en el pluralismo jurídico. En efecto, el derecho y la edificación de un sistema jurídico es una de las formas estructurales en que ha operado la colonialidad. Esto es evidente, tan solo con la constatación de teorías

jurídicas trasplantadas y adaptadas conforme al contexto del país. Sin pretender resolver la discusión ni zanjar una solución sobre cuál de las teorías puede tener más aplicabilidad en el campo de la JEI en Colombia, pues no es el objeto de la presente investigación, se reconstruirá las principales ideas de cada una señalando cuál ha sido su posible aporte en el ejercicio del derecho propio y en qué forma se ha visto fortalecido. Al constituirse en teorías políticas que se traducen en la adopción de valores y principios de sectores sociales y el Estado, es claro que su aplicación puede tener un impacto en la identidad punitiva que poco a poco los pueblos indígenas colombianos han ido encontrando. A la par, se abordarán las principales elaboraciones conceptuales sobre el pluralismo jurídico y su evolución hacia un pluralismo jurídico emancipador.

1.2.1 Bases conceptuales del multiculturalismo liberal

El multiculturalismo liberal entiende que existe un valor positivo en la diversidad cultural al interior de los Estados con sociedades democráticas[24]. Kymlicka (2018) explica dos premisas que contribuyen a captar la esencia de la mencionada teoría. La primera comprende la existencia de oportunidades justas para que la identidad y cultura de los grupos indígenas pueda ingresar en las diversas órbitas estatales, siempre y cuando así lo deseen. La segunda está dada por la teoría de los derechos diferenciados que se desarrolla teniendo en cuenta los procedimientos coloniales que alteraron el contexto cultural a través de políticas de supremacía racial y despojo territorial. En consecuencia, el reconocimiento a la diferencia pasa por entender que la legitimidad de la soberanía de un Estado para gobernar pueblos indígenas debe intentar corregir aquellas falencias de dominación ilegitima e injusta. Así como de conciliar las posturas soberanas entre pueblos indígenas y Estado.

En su dimensión normativa sobre cómo las sociedades deben aproximarse a la diversidad cultural se reconoce la diferencia y la necesidad de construir un sistema igualitario donde los grupos minoritarios accedan a los derechos negados históricamente que ayudarían a soportar la legitimidad y soberanía del Estado, pues es central en esta elaboración la pervivencia de la estructura del sistema occidental liberal desarrollado en sus distintos componentes. Sin embargo, los argumentos que fundamentan esta teoría tienen una perspectiva epistemológica que supone la supremacía de los valores liberales y jerarquía de los derechos culturales de algunas

[24] La teoría de multiculturalismo no se adscribe solo a los grupos indígenas. Puede ser empleada para adecuar los derechos de cualquier grupo minoritario: migrantes, mujeres, religioso, etc. Teniendo presente el objeto de la tesis, se enfocará sobre las implicaciones para los grupos indígenas.

minorías sobre otras, en dónde, se maximizan los derechos bajo criterios como la "concentración territorial", "instituciones sólidas", "existencia independiente en algún momento de la historia", entre otros (Parekh, 2005, pág. 170).

De ahí que, el equilibrio que intenta lograr el multiculturalismo se caracteriza por compatibilizar los derechos individuales que ha fijado occidente y los derechos colectivos en función a un grupo étnicamente diverso, definiendo que los derechos individuales y la democracia constituyen un estándar mínimo que nunca debe ser quebrantado (Bonilla, 2006). De este modo, se estaría concretando un acuerdo de integración con el ideal liberal en el que participan los pueblos indígenas. (Borrero García C. A., 2014)

La ampliación del ideal liberal, conllevo a entender que la cultura e identidad ocupan un lugar central en su redefinición frente a las tensiones y conflictos con grupos minoritarios. Justamente, los grupos marginados históricamente, como es el caso de los pueblos indígenas, han emprendido una lucha por el reconocimiento de derechos basados en su identidad cultural; así como de su resistencia de ser asimilados a significados, valores y simbologías de la sociedad mayoritaria. Por esto, el multiculturalismo desde el plano filosófico plantea interrogantes sobre el valor de la diversidad cultural y la importancia de su trato igualitario.

Taylor (2009) menciona que la identidad de los seres humanos es formada en dos momentos. Una esfera intima en donde tiene lugar el yo y luego en la esfera pública de contenido dialógico. A este término (identidad) que, en palabras de Garzón López (2012) tiene un contenido polisémico que implica diversas dimensiones y planos de la vida del ser humano como el social, personal, religioso, político, cultural, étnico etc., y, que en un contexto de multiculturalismo gira en torno a dos aspectos del ser humano, individual y colectivo, ha de sumarse el contenido de originalidad y autenticidad[25] que determina las características fundamentales de cada ser humano. Para Taylor (2009) lo central para la construcción de las identidades colectivas e individuales es el carácter mutuo de las relaciones humanas que se complementa con lenguajes, en su acepción más amplia,

[25] Una de las críticas que se han realizado al planteamiento de Charles Taylor (2009) consiste en que trata la autenticidad indistintamente desde el plano colectivo e individual. Garzón López (2012) recogiendo las críticas de Seyla Benhabib señala que las reivindicaciones individuales y colectivas no tienen que ir de la mano, son múltiples casos es que una identidad individual se contrapone a una identidad de grupo. En este sentido, la autenticidad individual no debe traslaparse a aspiraciones colectivas de reconocimiento cultural. Sin embargo, el mismo autor indica que Charles Taylor (2009) asume una doble perspectiva liberal que apoyan un respeto de los derechos humanos que se adaptan a las circunstancias. Al mismo tiempo que señala que la cultura e identidades suelen no son inmutables y conforme varía los contextos de determinado sector social también varían estas.

y es justamente allí, en la esfera pública donde la política de la diferencia juega un rol trascendental al reconocer a un grupo el valor de identidades distintas a las demás. Esta política, enmarcada en el multiculturalismo liberal, exige un tratamiento diferencial que dota de derechos y facultades a determinados grupos minoritarios, lo que permite la conservación de la integridad cultural y su desenvolvimiento en la sociedad sin temor a su negación.

En el mismo sentido, Garzón López (2012) apunta a que la correlación de identidad y cultura es un supuesto básico de cualquier elaboración teórica que pretenda abordar la diversidad cultural. Al mismo tiempo, anota que la cultura es la representación de significados y simbologías que tratándose de sujetos colectivos comparte tradiciones y expectativas para desarrollar un proyecto común. De esta forma, la definición de cultura societal expuesta por Kymlicka[26] es útil para identificar a aquellas comunidades que mantienen vínculos más o menos estables en el tiempo y cuyo ejemplo por excelencia lo representan los pueblos indígenas a través de identidades colectivas permanentes.

Teniendo en cuenta esa negociación de las identidades en un plano dialógico en relación con los otros, Taylor (2009) explícitamente indica que “el reconocimiento debido no sólo es una cortesía que debemos a los demás: es una necesidad humana vital” (pág. 55). Con ello, Michael Walzer en el comentario que hace al ensayo de Taylor (2009), precisa que la preferencia a un liberalismo comprometido con las diversas formas de vida que se encuentran al interior de una nación favorece la supervivencia de las comunidades culturales y debería traducirse en políticas que les confiera autonomía[27] en el escenario público estatal para reafirmar sus identidades y asumir el rumbo de lo que consideren de vida buena.

Las premisas que sustentan la teoría que se viene comentando disponen de una protección a los derechos civiles y políticos de los miembros de grupos minoritarios. Es esencial para el multiculturalismo liberal mantener la posibilidad de la individualidad marcada por la autoidentidad para definir la pertenencia o abandono a determinada minoría nacional por lo que también debe existir un compromiso de respeto desde las colectividades diversas culturalmente hacia las individualidades en sí mismas

[26] Kymlicka (1996) por cultura societal define a aquellas comunidades que comparten una lengua, valores e historia y cuyas personas que hacen parte de ella tienen vínculos estrechos con los significados que se han tejido. Además, poseen un léxico compartido en las prácticas de la vida diaria.

[27] Precisamente sobre la autonomía, Parekh (2005) en la revisión que hace a las obras de Kymlicka advierte que existe un nexo con la cultura ya que por un lado ayuda a definir y estructurar las relaciones sociales para emitir juicios sobre lo que se valora y por otro lado es vital para el desarrollo humano al dotar de identidad

consideradas (Kymlicka, 2003). En consecuencia, la libre elección de los seres humanos desde el ángulo de autonomía y responsabilidad individual continúa considerándose un valor fundamental enmarcado en la igualdad (Kymlicka, 2018). Dicho lo anterior, el aporte más significativo para el constitucionalismo moderno y la política de reconocimiento está estructurado por la introducción de derechos diferenciados en función de grupo.

Kymlicka (1996) plantea que en las democracias liberales el reconocimiento de derechos diferenciados en función del grupo tiene tres objetivos concretos: "I) permite a los individuos formar y conservar grupos y asociaciones identitarias, II) adaptar a los grupos a las circunstancias cambiantes y III) fomentar sus perspectivas e intereses en la totalidad de la población" (pág. 46). En su sentir, las diferencias culturales solo pueden afianzarse mediante las herramientas legales y constitucionales que permitan ampliar las interpretaciones de los tradicionales derechos liberales.

Concretamente se proponen tres tipos de derechos específicos. El primero de autogobierno que involucra la autonomía, propiedad y control de unidades territoriales en donde se desarrollaran las distintas competencias. El segundo grupo de derechos diferenciados enfocado a grupos poliétnicos[28] que intentan dar espacio para que los inmigrantes se desenvuelvan expresando sus particularidades e integrándose a la sociedad. El tercero lo componen los derechos especiales de representación en los escenarios políticos cuya finalidad será la de transmitir los intereses de una minoría nacional o grupo poliétnico. La importancia de facultar a las minorías nacionales con estos derechos reside en que los seres humanos son dependientes del entorno cultural, además de una pretensión de justicia consistente en "eliminar o compensar los perjuicios inmerecidos o moralmente arbitrarios" (Kymlicka, 1996, pág. 177).

En conclusión, todos estos años de desarrollo teórico han determinado que las bases del multiculturalismo se encuentran al interior de la teoría liberal que se ha implantado en las sociedades democráticas. Existe una suerte de reconfiguración de contenido de tres valores fundamentales, la igualdad, libertad y unidad nacional que dan paso a unas políticas y normas jurídicas excluyentes de cualquier posibilidad de asimilación de minorías culturales y tienen por objetivo final la conservación de la identidad (Parekh,

[28] Kymlicka parte el supuesto que existen dos modelos de diversidad cultural: minorías nacionales que son aquellas que se encontraban asentadas en los territorios pre- formación de Estado y el fenómeno migratorio.

2019). Existen como mínimo cinco postulados que describen el núcleo central que ha expresado en su reciente trabajo Parekh (2019):

- Los significados, símbolos y prácticas que se tejen alrededor de la cultura son centrales para los seres humanos y la organización social gira en torno a ello.
- A pesar de las diferencias identitarias de los grupos minoritarios existe por cada Estado una cultura compartida mínima coherente y que esta orientada a la esfera pública.
- Los derechos civiles y políticos que se han pensado desde la esfera individual del ser humano no son suficientes. Para acomodar la diversidad cultural, se requiere de derechos diferenciados.
- El respeto a la diversidad cultural no puede ser acrítico e indiscriminado. Ante las tensiones entre grupos minoritarios se debe resolver teniendo como parámetros los compromisos y adaptaciones que pueden crearse para lograr unificación de valores.
- La unidad nacional y el respeto a la identidad están relacionados. De tal modo, que debe evitar, al mismo tiempo, la fragmentación social y la opresión.

1.2.2 Interculturalidad como propuesta alternativa

Las elaboraciones académicas en relación con la interculturalidad, cuya principal exponente en el contexto latinoamericano es Catherine Walsh, surge de la experiencia de las comunidades indígenas latinoamericanas, en particular de Ecuador, quiénes en sus luchas y reivindicaciones políticas posterior a la década del noventa, en donde la mayoría de países reconocieron el denominado horizonte pluralista por Raquel Yrigroyen, continúan abogando por la ruptura de relaciones jerárquicas, persistencia del Estado Nación y no reconocimiento igualitario de sus sistemas jurídicos o derecho propio. Como lo explica, Cruz Rodríguez (2014) la interculturalidad como alternativa y opción diversa al multiculturalismo abarca cuatro derroteros que se señalan a continuación.

> “I) Sugiere una idea relacional de la identidad y una concepción de la desigualdad entre culturas basada en la relación dominación/subalternatividad. II) Propugna ir más allá de los horizontes normativos, la tolerancia y coexistencia, para construir el respeto, la convivencia, el diálogo y el aprendizaje mutuo entre culturas. III)

> Propone el desarrollo de una justicia sustancial que va más allá del reconocimiento de derechos grupales para incluir cambios estructurales que ataquen las causas de la desigualdad y articule la justicia cultural con la justicia social. IV) Una apuesta por el aprendizaje mutuo entre culturas, propiciando una verdadera interacción dialógica" (Cruz Rodríguez, 2014, págs. 253,254,255)

Las bondades que la apuesta intercultural trae para las comunidades indígenas parten de una revisión histórica crítica respecto a los sufrimientos y despojos sufridos anterior al reconocimiento constitucional de sus derechos y cultura. También, considera que el relativismo cultural de las sociedades latinoamericanas exige un consenso que permita llegar a puntos de encuentro sobre las categorías de derechos y construir la unidad dentro de la diversidad.

Concretamente y en palabras de Walsh (2012) la interculturalidad apunta a deconstruir el conocimiento de perspectiva liberal y en su lugar construir "otra práctica política, otra sociedad, otro poder social y pensar contra el elemento binario modernidad/colonialidad" (pág. 85). En el mismo sentido, Tubino (2015) expone que el camino hacia una concepción intercultural de los derechos humanos incluye la apertura al diálogo en donde se reconozca al otro desde sus cosmovisiones, valores e identidad cultural diversa.

Para Catherine Walsh (2012; 2018) lo más significativo de la propuesta de interculturalidad es que justamente no es producto de creación de académicos con bases eurocéntricas y en donde subyace una visión occidental/liberal. El hecho de que se haya originado desde los movimientos indígenas ocasiona que esa construcción del otro en sus diversas dimensiones de relación Estado-persona este mediada por una autentica visión decolonial que contribuyen a posicionar a estos actores en las diversas esferas locales, nacionales y transnacionales como actores sociales y políticos. Paralelamente, que es central el alejamiento de categorías conceptuales como modernidad y de la mera tolerancia y respeto que promete el multiculturalismo.

En la misma línea y compartiendo lo expresado por Mignolo (2020), el multiculturalismo debe darle paso a otras formas de participación en las que realmente se asegure la igualdad en las relaciones socioculturales en la estructura dominación/subalteridad. Es así, que Walsh (2012) alude a que la aplicación de las políticas del multiculturalismo favorece la permanencia y reproducción de inequidades sociales. Según la autora, las

movilizaciones de las comunidades indígenas en Ecuador en la década del noventa y subsiguientes se encaminaron a construir una agenda política identitaria que transformó la mirada de la sociedad mayoritaria frente a las comunidades indígenas que anteriormente estaba basada en estereotipos despectivos; lo que sin duda alguna coadyuvo a un posicionamiento político que más tarde permitió el cambio constitucional en Ecuador de ruptura de la relación tradicional Estado Nación-Pueblos indígenas.

Walsh (2018) siendo consciente de la magnitud de la colonialidad en cada uno de los ámbitos de las sociedades latinoamericanas indica que la interculturalidad no es un objetivo común y natural de cada uno de los pueblos indígenas y no se alcanzaría de manera lineal. Por el contrario, recurre a las grietas decoloniales que son las llamadas a obtener logros en cada uno de los diferentes temas que importan a quién se encuentran involucrados en crear otro conocimiento. También, advierte de los peligros decoloniales, principalmente asociados a la “simplificación y sobre-subjetivación de la indigeneidad”. Frente al último, llama la atención sobre la necesidad de impulsar la idea de que las comunidades étnicas son agentes de formación y transformación de la lucha política, sociocultural, ontológica, entre otras que han resistido a través de los años.

De esta forma, la propuesta intercultural latinoamericana parte del análisis empírico del panorama que afrontan los pueblos indígenas ante las expectativas no cumplidas de la teoría liberal del multiculturalismo de consolidar condiciones de justicia distributiva, social y cultural que fortalezcan la interacción en la esfera pública con la sociedad mayoritaria. Tubino (2015) encuentra que la interculturalidad responde a los siguientes supuestos.

- Busca crear un equilibrio entre la diversidad de cosmovisiones a través de la deconstrucción de valores y prácticas que fundamentan las políticas y derechos del Estado.
- Es una propuesta normativa de carácter ético/político. Ético en el sentido de que el reconocimiento es esencial en las esferas públicas y privadas para la realización de las personas y grupos culturales. Político en la medida que se dispongan de espacios de diálogo que respondan a las justas exigencias de los pueblos indígenas de manera igualitaria.

1.2.3 Pluralismo jurídico, derecho propio y pueblos indígenas.

Las elaboraciones conceptuales del pluralismo jurídico[29] han sido nutridas no solo desde el campo del derecho sino de otras ciencias como lo es la antropología jurídica. El objetivo concreto es oponerse a la tradición jurídica del positivismo jurídico que centra la elaboración de las leyes y la resolución de los casos en el Estado o sus instituciones, dando lugar a la férrea ideología de monismo jurídico. De esta forma, considera que los grupos sociales son capaces de producir sus propias normas y conducir su comportamiento conforme a las mismas sin que estas desprendan directamente del Estado generando sistemas de normas coexistentes.

En el estudio que hace Dávila Sáenz (2004, pág. 4) explica que el pluralismo jurídico se refiere a las construcciones teóricas que se apartan del centralismo legal mientras que describe de manera empírica un estado de cosas que supone la existencia de dos o más sistemas u ordenamientos jurídicos en una misma unidad de análisis. La misma autora, muestra en su estudio las variaciones y evolución histórica que ha tenido que afrontar el pluralismo jurídico. Esta genealogía como se denomina en su estudio se divide en pluralismo jurídico clásico, nuevo pluralismo jurídico, pluralismo jurídico avanzado y pluralismo jurídico postmoderno. La clasificación de las teorías en uno u otro lugar obedece a la proximidad de sus postulados epistemológicos con el centralismo legal. En esta medida, quiénes estén más próximos a refrendar rasgos distintivos del centralismo legal, se ubicarán principalmente en el clásico o nuevo pluralismo mientras que aquellos que estén más alejados se ubicaran en las dos últimas categorías.

Más allá de las clasificaciones realizadas en su texto, para Dávila Sáenz (2004) la teoría del pluralismo jurídico ha logrado establecer que el derecho emanado del Estado no es único foco de juridicidad y puede estar presente en diversos campos semiautónomos de la sociedad. Asimismo, la teoría contribuye a ubicar horizontalmente todas las expresiones de derechos rompiendo estructuras jerarquizadas de normas que tradicionalmente otorgaban el monopolio a una u otra.

[29] Por pluralismo jurídico se entiende que pueden existir distintos sistemas jurídicos de normas y regulación social al interior de un mismo territorio, y que obedecen a factores socioculturales que determinan los diferentes grupos sociales al interior de un Estado. En este sentido, para el caso colombiano los pueblos indígenas tienen derecho a aplicar justicia conforme a sus usos y costumbres de manera particular hacia los miembros de sus grupos (Griffiths, 1986; Ardila Amaya, 2002; Bonilla &Ariza 2007)

Del mismo modo, Wolkmer y Machado Fagundes (2019) extrapolando el debate a América Latina referencian que el derecho como ente regulador de las relaciones entre personas, grupos culturales y Estado suele ser un instrumento funcional a sectores privilegiados de la sociedad. En ese sentido, la discusión del pluralismo jurídico debe intentar dar cabida a múltiples fuentes del derecho incorporando asertivamente la de los pueblos indígenas en condiciones de igualdad.

El pluralismo jurídico y su ruptura con el monismo jurídico se convierten en la base para la existencia de la JEI, pero dadas las dificultades de su implementación, las discusiones actuales buscan el horizonte de pluralismo jurídico emancipador que utiliza bases de la interculturalidad y modela transformaciones en el campo del derecho penal y castigo utilizado por las comunidades indígenas.

En primer lugar, en el campo latinoamericano, el estudio del pluralismo jurídico se centró en el análisis del derecho indígena o derecho propio buscando legitimar dichas prácticas. Tenían por finalidad principal documentar y debatir sobre las prácticas de la justicia al interior de las comunidades indígenas. Adicionalmente, también se ocuparon de investigar los desafíos de la coordinación entre el derecho estatal y las jurisdicciones indígenas (Sieder, 2019). Igualmente, en estudios más recientes sobre pluralismo jurídico y justicia indígena en México se ha recurrido al concepto de “vernacularización” adoptado por Sally Merry que ayuda a entender como las comunidades indígenas interpretan y adoptan normas externas de acuerdo con sus propias particularidades y estructuras. En este ejercicio, realizado por los investigadores mexicanos exploraron “marcos para criticar los desequilibrios de poder existentes y buscar formas y lenguajes descolonizados para reimaginar el derecho local en su contexto” (Sieder, 2019, pág. 77)

El hecho de que en un Estado admita la existencia de múltiples sistemas jurídicos no implica relaciones iguales entre las normas coexistentes. Para Santos (1998), el pluralismo jurídico como elaboración teórica no conlleva a que en la práctica se rompan relaciones de poder y se formen verdaderos procesos emancipatorios en donde los diferentes sistemas jurídicos de una misma unidad política sean tratados de manera igualitaria. Por su parte Walsh (2002) afirma que el pluralismo jurídico no evita que exista superioridad del derecho positivo estatal, que no existan contradicciones entre los derechos individuales y colectivos o que los conflictos interculturales desaparezcan.

Entre las elaboraciones teóricas que se han realizado sobre el pluralismo jurídico conceptualizando, clasificándolo, buscando sus fundamentos epistemológicos, entre

otros, se destaca la contribución de Wolkmer (2018) quien propone que el concepto de pluralismo jurídico sea asociado a una expresión de emancipación de las estructuras sociales que tradicionalmente han estado excluidas. De esta forma, se promueve la disrupción en la construcción de los sistemas jurídicos haciéndolo desde abajo por parte de los propios sujetos consensuando los diversos intereses generales y particulares.

De otra parte, teniendo presente que uno de los ejes del debate ha estado vinculado a la noción de derecho que se siga, Bonilla y Ariza (2007) proponen entender que culturalmente las sociedades son las que determinan qué discursos y prácticas pueden ser catalogadas como derecho alejándose de criterios esencialmente funcionalistas o propiedades estructurales tradicionalmente adjudicadas al derecho estatal. Por ello, los autores referenciados plantean que es trascendental indagar en función de su pertinencia y utilidad aquellos ejercicios sociales que supongan dotar de carácter jurídico una norma, hecho o situación. Así, quienes determinarían la presencia y apropiación del derecho serían las personas que participan y orientan su comportamiento con base en ellas.

Resulta trascendental para el estudio de las manifestaciones de pluralismo jurídico recurrir a lo que Boaventura de Sousa Santos ha denominado como interlegalidad e híbridos jurídicos[30]. Partiendo de que la existencia de distintos ordenes normativos en una misma unidad política interactúan en distintos niveles, es posible (siempre y cuando exista un diálogo igualitario entre justicias) que la justicia ordinaria pueda enriquecer a la justicia indígena y viceversa. Santos (2018) afirma que estos escenarios se dan al interior de la "ecología de saberes jurídicos" en donde existe un aprendizaje recíproco (pág. 266).

[30] Santos (2018) explica que la "*interlegalidad* resulta del mayor conocimiento que las personas van teniendo de las dos justicias, lo que les permite optar, en ciertas circunstancias, entre una u otra. También, les permite que ciertas relaciones sociales sean simultáneamente reguladas por más de un sistema jurídico, siempre que sea posible distinguir diferentes dimensiones (por ejemplo, en las relaciones familiares: casamiento, herencias, relación con los hijos, divorcio, violencia doméstica). En ciertas circunstancias, los ciudadanos y las ciudadanas pueden optar por un sistema jurídico para la regulación de algunas dimensiones y por otro sistema para la regulación de otras dimensiones". Por su parte, los "*híbridos jurídicos* a su vez, son conceptos o procedimientos en los que es posible identificar la presencia de varias culturas jurídicas. Por ejemplo, el concepto de Derechos de la Naturaleza es un híbrido jurídico. El concepto de derecho viene de la cultura eurocéntrica y del derecho moderno, pero su aplicación a la naturaleza, concebida como madre tierra o Pachamama, es una contribución de la cultura andina originaria. El uso de formularios y de actas en la administración de la justicia indígena puede ser considerado otro híbrido jurídico. Mediante el recurso a la escritura, la justicia indígena busca mejorar su memoria, registrar las reincidencias y evitar dobles juzgamientos" (págs. 266-277).

1.2.3.1 Giro decolonial del pluralismo jurídico

El *"horizonte del constitucionalismo pluralista"* que explica Yrigoyen (2011), es el resultado de las reformas constitucionales que sucedieron en el periodo de 1980 a 2010 en América Latina[31]. Particularmente, la reforma constitucional de Colombia que implicó la reconfiguración de la relación Estado-grupos indígenas, incorpora fórmulas de pluralismo jurídico en donde se opone al clásico monismo jurídico que solo considera "derecho" a aquel producido por el Estado. No obstante, Yrigoyen afirma que estos cambios progresistas en favor de los derechos de las comunidades indígenas no incorporaron mecanismos institucionales que materialmente garantizaran el ejercicio de estos. La tarea de revisión de las ramas del derecho conforme a los derechos propios reconocidos quedó postergada, al igual que la ley de coordinación entre jurisdicción especial indígena y sistema de justicia ordinario.

Las tendencias teóricas actuales en América Latina sobre pluralismo jurídico se centran en dotarlo como un mecanismo emancipatorio y transformador de las causas sistémicas que continúan afectando a los pueblos indígenas y acentúan esa colonialidad jurídica que se ha querido superar. En este sentido, la utilización de conceptos como la interlegalidad y las constelaciones de gobernanza servirían para encontrar un sistema jurídico más igualitario que ayude a consolidar la autonomía reconocida constitucionalmente a los pueblos indígenas posterior al auge del multiculturalismo en la región y a afianzar aquel horizonte pluralista que ha señalado Yigroyen.

Para Walsh (2012) la implementación de una teoría como el pluralismo jurídico en los sistemas y ordenes normativos de América Latina tiene complicaciones ya que las instituciones, la aplicación y producción del derecho fue pensada desde el centralismo legal y modelos eurocéntricos. Por esta razón, considera la autora que a pesar de los reconocimientos constitucionales que han sucedido, aún la práctica jurídica indígena guarda rasgos relacionados con el derecho positivista liberal individual y con la homogeneidad. En este sentido, su propuesta se centra en girar hacia una *"interculturalización jurídica"* que se preocupa no solo por desterrar visos coloniales y de poder de la sociedad mayor sobre el derecho propio sino también de articular y converger los sistemas jurídicos indígenas con los sistemas jurídicos nacionales. Es así

[31] (Wolkmer & S Wolkmer, 2017) citando a Milena Melo indica que las bases del neoconstitucionalismo democrático que involucra fundamentaciones ius filosóficas eurocéntricas de teoría del Estado y se implantaron en estas constituciones latinoamericanas, impiden ejercer un potencial contrahegemónico producto de la evolución del derecho constitucional latinoamericano.

como la propuesta desplegada debería adoptar principios de "*convergencia, articulación y complementariedad*" (pág. 148).

Aunado a lo anterior, la pretensión de la interculturalidad pasa por entender que es necesaria la transformación y reconceptualización de estructuras e instituciones para que las prácticas jurídicas de las comunidades indígenas puedan ser tratadas de forma igualitaria atendiendo a la diversidad y valor de estas (Walsh, 2018). En el mismo sentido, Walsh (2018) afirma que la interculturalidad es un proceso en continua construcción que es útil como una *"herramienta de afirmación, correlación y transformación*" basada en la práctica (pág. 59).

Lo primordial de la coexistencia de sistemas de derecho, tratándose de la JEI, es comprender lo que representan para estas comunidades y su aporte al fortalecimiento democrático del Estado. Siguiendo a Sánchez (2016), en el contexto de una interpretación sustantiva intercultural, las creencias y mundos recreados por determinado grupo cultural que puede llegar a trascender en normas y procedimientos en el marco de derechos propios deben ser incorporados satisfactoriamente en el marco de sistemas jurídicos con el objetivo de expresamente dar reconocimiento a la diversidad cultural.

En el caso colombiano, el pluralismo jurídico ha implicado una ruptura con aquellos que imponían etnocentricamente la preeminencia de un solo sistema jurídico nacional y la no valoración de los derechos comparativamente distintos (Botero & Jaramillo Sierra, 2000). Sin embargo, Sánchez (2009) partiendo de los conceptos de pluralismo igualitario o de tipo unitario que delimitó Hoekema[32] ha entendido que el desarrollo jurisprudencial, principalmente realizado por la Corte Constitucional, permite situarse en uno u otro término. Explica concretamente que se establecen límites al derecho propio en el sentido de no respetar lo que se denomina los mínimos jurídicos liberales incorporados en la Constitución Política. Pero, solo la revisión del caso a caso por las altas cortes colombianas permitiría un avance progresista, en el sentido de reconocer la validez de las normas de derecho propio, la amplificación y legitimación de la jurisdicción indígena

[32] Sánchez (2009) explica que André Hoekema clasifica el pluralismo jurídico de dos formas igualitario y de tipo unitario. El primero hace alusión a que el Estado mantiene una relación de subordinación frente a los otros sistemas jurídicos existentes. El segundo hace referencia a que los sistemas jurídicos existentes forman y crean sus normas sin ningún tipo de subordinación, y en una relación de poder horizontal.

para tratar incluso aquellos casos que desde el derecho occidental se consideran complejos, como es el caso de delitos graves.

A la par de lo anterior, se suma la propuesta de Robles Zamarripa (2020) en la que dando continuidad a la pretensión emancipatoria del pluralismo jurídico acude a la categoría de “indio permitido” desarrollada por Hale. La anterior categoría ponía de presente que el sistema reconocía a las autoridades indígenas, pero estaba permitida su participación y autonomía siempre y cuando hicieran lo que el sistema social dominante aceptaba. Para Robles, acudir a una reinterpretación del “derecho permitido” conlleva a aceptar que existen unos sujetos de derecho indígenas no solo desde un interés público sino también como creadores de derecho, multiplicando los sistemas jurídicos. Pero no solo bastaría esa aceptación, también conlleva a reflexionar en qué términos se permiten esos otros derechos para contraponerse a la concepción de solo permitir aquel que no altere la estructura del sistema dominante.

Otras propuestas como la de Ariza Santamaría (2015) abogan por robustecer el pluralismo jurídico a través de lo que denomina “*Bloque intercultural Jurídico”*, la “*Traducción Intercultural”* y el *“informe de justicia propia”* que buscaría descolonizar prácticas de justicia de las comunidades indígenas. En este caso, los pueblos indígenas tendrían la tarea de interpretar bajo sus principios y cosmovisión normas como son las Constituciones Políticas, los Derechos Fundamentales y en general normas externas a sus sociedades. El objetivo final consistiría en lograr armonía entre los órdenes jurídicos indígenas y los órdenes jurídicos de la sociedad mayor sin perder la esencia sociológica que caracteriza a cada pueblo indígena y respetando sus derechos de autonomía e impartición de justicia (págs. 185-186).

De acuerdo con Wolkmer y S. Wolkmer (2017) se requiere de una base sólida para que un pluralismo jurídico emancipador pueda tener cabida en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos. Para ello, ha conceptualizado que este debe partir de los siguientes elementos: a) existencia de una democracia participativa y comunitaria; b) institucionaliza la multiplicidad de instituciones de control social; c) reconoce nuevas subjetividades de los pueblos indígenas; d) produce una ruptura del paradigma de la racionalidad de la modernidad; e) valora los derechos propios de la naturaleza; f) otorga derechos del desarrollo del buen vivir; g) instaura la ética de la interculturalidad que respeta la diversidad cultural, social y política (pág. 36).

De esta forma, las elaboraciones actuales de la literatura latinoamericana propugnan por una política de pluralismo jurídico igualitario/emancipador que permita que los pueblos indígenas conciban sus normas a partir de la deconstrucción de principios jurídicos para que tenga más relación con su cosmovisión, usos y costumbres. Yrigoyen (2017) explica los presupuestos de los cuales debe partir este nuevo pluralismo jurídico. En primer lugar, acude a un concepto de igual dignidad de los pueblos y culturas que entraña la obligación estatal de respetar dicha garantía para que no se imponga a los sistemas jurídicos indígenas parámetros de la sociedad mayoritaria. En segundo lugar, explica que los pueblos indígenas practican sus facultades jurisdiccionales sin injerencias del derecho nacional y se rige exclusivamente por su propio derecho. En tercer lugar, precisa que deben propiciarse espacios de diálogo interculturales con la finalidad de acordar en un plano horizontal los contenidos de los derechos humanos y otros.

1.3 Debido proceso como límite del derecho propio

El sistema jurisdiccional de los pueblos indígenas amparado por el texto constitucional supone que las normas y procedimientos establecidos para su aplicación respondan a sus valores culturales. En este sentido, la organización jurídica involucra la facultad de desarrollar mecanismos de control social que no necesariamente están identificados como cuerpos jurídicos o tipos de derecho como usualmente en la cultura occidental bajo el prisma de positivismo jurídico se suele clasificar. Puede obedecer a prácticas orales que mantienen para preservar su cosmovisión y lograr un mínimo de armonía en comunidad que impida conflictos internos de gran envergadura, así como la corrección de desviaciones (Sánchez Botero & Jaramillo Sierra, 2000). De esta forma, los parámetros de legitimidad interna que la JEI de determinado pueblo indígena puede adoptar difieren de aquellos que en la jurisdicción ordinaria existen. Gómez Valencia (2015) explica que las grandes diferencias se pueden clasificar en cuatro factores: a) la norma escrita jurídica, b) el tribunal o juez, c) la profesionalización, burocratización y administración de la fuerza y d) la violencia y prisión como castigo. Cada uno de ellos con un significado diferente dependiendo de la tradición oral, cultural y referentes sagrados con los que se cuente.

Si bien existe un objetivo superior de preservar la diversidad étnica y cultural a partir de la cohesión interna de las comunidades en donde se transmiten tradiciones e interpretaciones culturales, es innegable que en las relaciones entre autoridades

tradicionales y miembros de comunidades indígenas existen fricciones en cuanto a la aplicación de las normas. Ya planteaba Kymlicka (1996) las restricciones internas como aquellas en que el disenso interno se convierte en un elemento desestabilizador de la unidad étnica y en donde se ven seriamente comprometidos los derechos individuales desde la perspectiva occidental.

Justamente el núcleo duro de los derechos fundamentales al estar incorporados en la Constitución Política se convierte en un límite a la JEI[33]. En el caso particular que se estudia, se observa que la Corte Constitucional ha utilizado como factor legitimador de las actuaciones jurisdiccionales de la JEI el alcance y contenido que desde el derecho penal constitucional se le ha asignado al debido proceso.

Lo anterior no quiere decir que el debido proceso en su evolución y construcción desde la teoría penal liberal no revista gran importancia para el ser humano, solo deja entrever que el estudio de casos se restringe al saber y conocimiento occidental prescindiendo del componente de interpretación intercultural. La anterior premisa sobre el debido proceso como factor legitimador de los sistemas de control social guarda correspondencia con el concepto de derecho penal subjetivo y los límites al *ius puniendi* que en un Estado Social de Derecho deben existir. Justamente, derivados del texto constitucional, las garantías penales que se traducen en principios tienen la función de evitar el ejercicio arbitrario del poder y de restringir la facultad jurisdiccional de la administración de justicia conforme a los parámetros racionales que previamente se han establecido (Bustos Ramírez, 2011). En el caso de la jurisdicción penal ordinaria la finalidad del debido proceso conduce a que las ritualidades por medio de las cuales se va a dar aplicación a una norma de derecho penal con su respectiva sanción respeten derechos fundamentales básicos relacionados con la dignidad humana. Es así como la Corte Constitucional en sus fallos adopta posturas concordantes con la teoría penal liberal con algunos matices en aquellos casos en que se ha utilizado el peritaje antropológico que ha servido de traducción cultural.

En relación con lo anterior, la Corte Constitucional identifica el debido proceso como un límite jurídico – material a la JEI y en general aplica las formulaciones que sobre este se han instituido. Al respecto, la sentencia de (T-510 de 2020):

[33] Así se ha determinado en la Sentencia SU-510 de la Corte Constitucional

> La Corte Constitucional ha señalado, de forma reiterada, que el derecho fundamental al debido proceso constituye un límite jurídico-material de la jurisdicción especial que ejercen las autoridades de los pueblos indígenas. Si bien las autoridades indígenas pueden aplicar sus normas y procedimientos, dichas facultades deben respetar el mínimo de garantías constitucionales previstas por el artículo 29 de la Constitución Política. Las reglas mínimas del debido proceso son: **(i) el principio de juez natural, (ii) la presunción de inocencia, (iii) el derecho de defensa, (iv) la prohibición de la responsabilidad objetiva y el principio de culpabilidad individual, (v) el principio de non bis in idem, (vi) la no obligatoriedad de la segunda instancia, (vii) la razonabilidad y proporcionalidad de las penas y (viii) el principio de legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas**. (*negrillas fuera de texto)*

1.3.1 Debido proceso y multiculturalismo

En el campo jurídico colombiano, el derecho fundamental al debido proceso se encuentra regulado en el artículo 29 del texto constitucional. Es un derecho del que se derivan varios elementos a ser acatados en escenarios judiciales y administrativos enfocándose a garantizar condiciones esenciales en procedimientos donde se decidan intereses y derechos de las personas. En el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[34], prescribe en su artículo 8 (garantías judiciales) las condiciones mínimas en las que se deberían desarrollar las instancias procesales. De manera general, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que por debido proceso se entienden "un conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos"[35]

---

[34] Aunque no existen fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre restricciones internas en comunidades indígenas ya que no es su ámbito de competencia, es bueno recordar que ha indicado, en clave de protección a pueblos indígenas y tribales, que los artículos 24 (igualdad) y 1.1 (obligación de respetar derechos) de la Convención Americana involucran la obligación de los Estados de salvaguardar el pleno ejercicio de los derechos reconocidos a las comunidades indígenas. Aun cuando no habla explícitamente del derecho de administración de justicia, es claro que es uno de aquellos que se deben respetar y generar las condiciones para que pueda ser ejercido libremente. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2015.

[35] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 124.

En la teoría del derecho penal, el debido proceso aparece como un límite inexorable del sistema penal. La razón de ello es que en este campo se restringen derechos constitucionales de gran valor como la libertad. De este modo, la pena de prisión como consecuencia más gravosa junto con la facultad del uso legítimo de la violencia no puede obedecer a criterios caprichosos. Es así como justamente el debido proceso penal es minuciosamente normado definiendo claramente con anterioridad las reglas en las que se deben llevar a cabo los procedimientos (Bernal Cuellar & Montealegre Lynett, 2013).

Tratándose del derecho propio, los procedimientos por medio de los cuales ejercen control social pueden diferir considerablemente de los sistemas burocráticos occidentales que se han creado para administrar justicia. Gómez Valencia (2015) explica que la JEI es dinámica y se nutre del diálogo intercultural con otras justicias percibiendo factores exógenos. No obstante, menciona que en general, involucra un conjunto de saberes y prácticas culturales en donde la totalidad de la comunidad tiene interés y el conflicto se convierte en un espacio de disertación "para resocializar el conjunto de valores culturales y para analizar en qué medida los comportamientos sociales están contribuyendo a mantener el orden cultural o están incidiendo en el surgimiento de los desequilibrios que dan lugar a las transgresiones" (pág. 194). En este sentido, la concepción de universalidad de los derechos humanos como lo apunta Santos B (2010) debe dar paso a una concepción intercultural que permita que los contenidos otorgados a cada uno de los derechos puedan representar los valores culturales de las comunidades indígenas.

El límite en cuanto a la observancia del debido proceso que se ha impuesto desde la Corte Constitucional es claro. Los fallos que inician la discusión se caracterizan por ser opuestos en cuanto a la corriente filosófica en que se ubican. Al mismo tiempo, es evidente que persiste una interpretación que favorece la aplicación de preceptos de derecho penal liberal para dotar de contenido y alcance el derecho en un contexto cultural diverso. Borrero García (2014)[36] señala que la Corte se ha encargado de

[36] Sobre las tres posturas que la Corte Constitucional ha esbozado acerca de los límites a la autonomía jurisdiccional y diversidad cultural de los pueblos indígenas también se ha pronunciado el académico (Bonilla Maldonado, La Constitución multicultural, 2006). En el estudio del autor se dividen en la siguiente forma: a) liberalismo puro: todos los derechos individuales deben ser respetados por todas las culturas; b) interculturalismo radical: se da mayor autonomía a las comunidades indígenas imponiendo restricciones sobre bienes preciados para el ser humano y aquellos de acuerdo a un producto intercultural; c) liberalismo cultural: los derechos individuales deben ser privilegiados siempre y cuando no suponga un riesgo de desaparición étnica de la comunidad indígena.

determinar el ámbito de competencias de los pueblos indígenas en lo que atañe a control social y mantiene tres precedentes distintos como se menciona a continuación:

Tabla 1-1: Clasificación jurisprudencial (multiculturalismo e interculturalidad).

Multiculturalismo asimilacionista	Límite total. Principios del derecho penal occidental como base de contenido del debido proceso
Horizonte intercultural	Límite estricto. No operan instituciones del debido proceso occidental.
Entre el multiculturalismo y la e la interculturalidad limitada	Límite parcial. Núcleo esencial de los derechos fundamentales (debido proceso) y respeto a la dignidad humana

Elaboración propia a partir de lo planteado por Borrero García (2014)

La jurisprudencia que desarrolla la clasificación anterior corresponde a las sentencias (T-254 de 1994), (T-349 de 1996) y (SU-510 de 1998) respectivamente. Las dos primeras se circunscriben a casos de afectaciones contra la armonía en comunidad. En términos de derecho penal liberal, se pueden ubicar los hechos en los delitos de hurto y homicidio. Adicionalmente, los miembros de las comunidades indígenas que fueron sancionados, en las acciones de tutela promovidas contra las autoridades tradicionales de sus comunidades, alegan preceptos de derecho penal constitucional de la sociedad mayoritaria oponiéndolos a los derechos fundamentales reconocidos a los pueblos indígenas y al derecho propio. La sentencia (SU-510 de 1998) no aborda un caso de control social sino una disputa en torno a libertad religiosa. Sin embargo, al ser sentencia de unificación de criterios y de ocuparse sobre los límites a la JEI, las subreglas jurisprudenciales allí contenidas trascienden a cualquier ámbito. Las anteriores sentencias han sido ampliamente analizadas[37] por lo que en la presente investigación no se reproducirá esa discusión, sino que se precisaran los siguientes aspectos relevantes sobre el debido proceso:

a. *T-254 de 1994:* la Corte Constitucional explica que el debido proceso es un límite jurídico material para las funciones jurisdiccionales que desarrollan las

[37] Se puede consultar a (Sánchez Botero & Jaramillo Sierra, 2000; Borrero García, 2003; Bonilla, 2006; Borrero García, 2009)

comunidades indígenas. De existir una contradicción entre las normas de derecho propio con los preceptos del debido proceso, se preferiría la protección del derecho individual. Al mismo tiempo establece que el derecho al debido proceso de carácter penal lo componen los principios de legalidad, imparcialidad, juez natural, publicidad, presunción de inocencia, defensa y proporcionalidad entre la conducta y la sanción a recibir. Esta interpretación jurídica toma como fundamento la unidad nacional cuyo soporte de cohesión, acorde con el fallo, entre las diversas manifestaciones de pluralismo jurídico es la Constitución Política[38]. Igualmente, dada la representación política de los líderes indígenas durante la Asamblea Constituyente asumen que hubo una aceptación tácita a que el ejercicio de la JEI estuviera limitado a todas las disposiciones contenidas en la Constitución Política y las leyes imperativas.

La sanción impuesta que se discute consistió en la expulsión del "condenado" y su familia de las tierras que ocupaban al interior de la comunidad indígena de El Tambo. Así el análisis del fallo tiene un alto contenido de relación con las instituciones jurídicas que se han construido en el derecho penal y que hacen parte de los Códigos Penales vigentes. Son dos los principios de derecho penal abordados. El principio de responsabilidad individual y la proporcionalidad de la sanción punitiva. Si bien es un caso complejo que comporta afectaciones a derechos fundamentales desde la concepción occidental, en ningún momento se otorgó peso o alguna interpretación a los valores que por la diversidad cultural se deben proteger. Más allá de la decisión, se marginó y no se profundizo la reflexión sobre el sentido en que la comunidad indígena realiza los procedimientos. Estos, no fueron analizados ni son parte argumentativa de la sentencia. Como lo menciona Bonilla Maldonado (2006) en este fallo "los valores liberales deberían ser la *lingua franca* hablada por todas las culturas. Si una cultura no habla ese lenguaje, no será reconocida ni acomodada" (pág. 167).

b. *T-349 de 1996*: en relación con los conflictos internos que surgen al interior de las comunidades indígenas y cuyos sujetos de confrontación pertenecen a la misma comunidad, explica que las restricciones en las actuaciones de la JEI deben minimizarse. Es así como se maximiza la autonomía en la resolución de conflictos y los

[38] La providencia aludida inserta cuatro reglas de interpretación: *1) a mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía; 2) los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares; 3) las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al de diversidad étnica y cultural; 4) los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas.*

únicos límites que operan es el núcleo de los derechos intangibles (derecho a la vida, prohibición de la esclavitud y prohibición de tortura). Frente al debido proceso, menciona que también debe ser una de las restricciones a ser tenidas en cuenta en el ejercicio jurisdiccional del derecho propio. Pero, en materia penal, solo lo que se refiere a la legalidad de los delitos y las penas obra como máxima. Las actuaciones de los jueces indígenas deben obedecer a criterios de previsibilidad de la sanción y de lo que tradicionalmente se ha estipulado para resolver estas afectaciones complejas que irradian la vida en comunidad y los valores culturales.

La trascendencia de esta decisión judicial radica en que los argumentos analizados en el caso concreto pasan por entender el procedimiento que la comunidad indígena sometida a tutela utiliza. Para ello, se apoyan en un peritaje antropológico que concreta los procedimientos que se emplean para castigar faltas graves. Así se entiende en mejor forma cómo se puede flexibilizar el derecho a la defensa o el conocimiento que se tiene frente a las posibles sanciones. Si bien es más abierta a la administración de justicia como una de las formas de protección de la diversidad cultural, lo cierto es que el parámetro de referencia continúa siendo el debido proceso en su versión del derecho penal liberal, así sea solo en su núcleo. Bonilla Maldonado (2006) destaca que la decisión lo que pretende es introducir la no arbitrariedad como un elemento de la JEI pero su argumentación de por qué la legalidad de las penas y delitos debe ser entendida en el sentido liberal es insuficiente ya que no necesariamente los pueblos indígenas pueden encontrarse representados en dichos postulados.

c. SU-510 de 1998: el núcleo esencial de los derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional y demás normatividad internacional vinculante para Colombia continúa siendo una subregla jurisprudencial para dirimir conflictos de restricciones internas en los pueblos indígenas. Frente al debido proceso, se reitera la obligación normativa y jurisdiccional de respetar los principios mínimos que lo constituyen, en especial, referido a la legalidad de las sanciones a imponer.

1.3.2 Núcleo esencial del debido proceso.

Concretamente, el núcleo esencial del debido proceso que debe formar parte de los procedimientos y sanciones a imponer por las comunidades indígenas se integra por diversos elementos. En realidad, todos ellos son tomados de la teoría del derecho penal y procesal penal y son traslapados al ejercicio jurisdiccional del derecho propio. Aun así,

de la jurisprudencia de la Corte Constitucional no se aprecia un ejercicio constructivo de interpretación cultural. Los postulados bajo los cuales se cimienta el límite del debido proceso no obedecen a lo que Ariza Santamaría (2015), basándose en la matriz colonial, señala como la necesaria descolonización del derecho que supone: el poder jurídico, conocimiento jurídico, ser jurídico y producción del derecho.

Pese a lo anterior, la Corte Constitucional refiere que existen unos límites derivados de la Constitución Política y del consenso mínimo intercultural que conducen a un equilibrio entre la supremacía de los derechos fundamentales individuales, la unidad nacional y la preservación de la autonomía indígena como manifestación del Estado pluralista y la diversidad étnica. Es así como se determina que el debido proceso en materia punitiva y sancionatoria tiene contenidos específicos. Conforme la sentencia T-510 de 2020 son los siguientes.

- Principio de juez natural: la doble connotación que se desprende en el campo de la JEI responde a una garantía para el indígena acusado como para la autonomía de los pueblos indígenas. Concretamente, en el campo del derecho penal, los enunciados incluyen la garantía de ser juzgado por un juez autónomo, independiente, imparcial y cuya competencia esta previamente definida por la Constitución Política (Bernal Cuellar & Montealegre Lynett, 2013; Guerrero Peralta, 2019). En sentencia (T-728 de 2002) se ha establecido que "las autoridades indígenas son el juez natural para conocer de los delitos cometidos por miembros de su comunidad, siempre y cuando atiendan los dos requisitos para el reconocimiento del fuero indígena" (Párrafo 10). A su vez, la sentencia (T-642 de 2014) refirió la misma subregla jurisprudencial que ya se mencionó. Específicamente, señaló que "las autoridades de los pueblos indígenas se erigen en el juez natural y competente de los delitos cometidos por miembros de su comunidad, siempre que se acredite la pertenencia de individuo a la comunidad indígena y que los hechos hayan ocurrido dentro de su territorio" (Apartado 3). Como se observa, este principio no opera automáticamente, sino que estará sometido a la conformación del fuero indígena. La jurisprudencia constitucional ha enfatizado en que son dos los elementos básicos para que opere el fuero indígena: la pertenencia de una persona a una comunidad indígena y el ámbito geográfico en el que se desarrolle la conducta (T-208 de 2015, T-208 de 2019, T-617 de 2010, T-002 de 2012, entre otras). No obstante, no es suficiente los dos elementos mencionados, también es necesario verificar que

concurren otros factores que escrudiñan por la fortaleza de la JEI de determinado pueblo y la gravedad del bien jurídico tutelado[39].

Como bien lo anota Borrero García (2014), frente a la configuración del fuero indígena, la Corte Constitucional trata de incorporar en sus argumentaciones y subreglas la maximización de la autonomía de los pueblos indígenas. Aun así, las subreglas que dan prevalencia al análisis subjetivo personal pueden conllevar a un multiculturalismo asimilacionista. En este sentido, tratándose del abordaje de casos de conflicto de competencias en dónde el miembro de la comunidad indígena desea ser juzgado por su comunidad, el juez natural dependerá no solo de criterios objetivos sino prevalentemente de criterios subjetivos que podrían desembocar en una reducción de la autonomía étnica.

- Presunción de inocencia: frente a este tema, se ha establecido como subregla jurisprudencial la necesidad de contar con evidencias y respaldos probatorios que den cuenta de que la persona indígena si es culpable de la conducta que se le endilga. En este sentido, se ha establecido que, en el ejercicio jurisdiccional del derecho propio, las autoridades tradicionales deben proferir sus decisiones basadas en pruebas. A pesar de ello, la jurisprudencia constitucional no ha establecido cómo o qué tipo de evidencia

[39] La sentencia T-921 de 2013 recapitula los factores a analizarse en los conflictos de competencia. Estos son " **1) El elemento personal** que exige que el acusado de un hecho punible o socialmente nocivo pertenezca a una comunidad indígena y frente al cual se establecen 2 supuestos de hecho: "(i) si el indígena incurre en una conducta sancionada solamente por el ordenamiento nacional "en principio, los jueces de la República son competentes para conocer del caso. Sin embargo, por encontrarse frente a un individuo culturalmente distinto, el reconocimiento de su derecho al fuero depende en gran medida de determinar si el sujeto entendía la ilicitud de su conducta"; (ii) si el indígena incurre en una conducta sancionada tanto en la jurisdicción ordinaria como en la jurisdicción indígena, el intérprete deberá tomar en cuenta "(i) la conciencia étnica del sujeto y (ii) el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece. Ello en aras de determinar la conveniencia de que el indígena sea procesado y sancionado por el sistema jurídico nacional, o si corresponde a su comunidad juzgarlo y sancionarlo según sus normas y procedimientos En este sentido concluyó que se perfilan como criterios orientadores útiles en la tarea de definir la competencia: "(i) las culturas involucradas, (ii) el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura mayoritaria y (iii) la afectación del individuo frente a la sanción. Estos parámetros deberán ser evaluados dentro de los límites de la equidad, la razonabilidad y la sana crítica. **2) El elemento territorial** establece que la comunidad podrá aplicar sus usos y costumbres dentro de su ámbito territorial, frente a lo cual existen 2 criterios de interpretación: "(i) La noción de territorio no se agota en la acepción geográfica del término, sino que debe entenderse también como el ámbito donde la comunidad indígena despliega su cultura; (ii) El territorio abarca incluso el aspecto cultural, lo cual 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 ocurrido por fuera de esos límites puede ser remitido a las autoridades indígenas por razones culturales **3) El elemento institucional** u orgánico indaga por la existencia de una institucionalidad al interior de la comunidad indígena, la cual debe estructurarse a partir de un sistema de derecho propio conformado por los usos y costumbres tradicionales y los procedimientos conocidos y aceptados en la comunidad; es decir, sobre: (i) cierto poder de coerción social por parte de las autoridades tradicionales; y (ii) un concepto genérico de nocividad social. Este elemento además estaría compuesto por 3 criterios de interpretación relevantes: "La Institucionalidad es presupuesto esencial para la eficacia del debido proceso en beneficio del acusado; La conservación de las costumbres e instrumentos ancestrales en materia de resolución de conflictos y La satisfacción de los derechos de las víctimas". **4)El elemento objetivo** se refiere a la naturaleza del bien jurídico tutelado. Concretamente, si se trata de un interés de la comunidad indígena, o de la sociedad mayoritaria" (Párrafo 4.4.2.12)

debe ser parte de los procedimientos propios. Al respecto, ha sido más abierta y ha precisado que serán “los elementos materiales probatorios que las autoridades tradicionales consideren relevantes y suficientes” (T-523 de 2012 y T- 208 de 2015). Así, si bien se pretende excluir sesgos o arbitrariedades por parte de las comunidades indígenas, es absolutamente potestativo de estas definir cuáles son los criterios y elementos de prueba que sirven de fundamentación de la sanción o castigo. Al respecto, vale la pena resaltar que en el estudio de Gómez Valencia (2015) sobre justicias indígenas se menciona que la resolución de los conflictos indígenas va más allá de la búsqueda y producción de la verdad y está más ligado a lograr un acuerdo y aconsejar para la armonía en comunidad.

- Derecho de defensa: sobre el particular, la Corte también flexibiliza su posición dadas las condiciones socioculturales diferenciadas que las comunidades indígenas poseen (T-523 de 2012 y T- 510 de 2020). Solo se regula lo atinente a la necesidad de contar con un mecanismo de defensa que le permita a la persona indígena sometida a un procedimiento “punitivo” expresar las razones de su inconformidad e intervenir salvaguardando sus intereses. Así atendiendo a las cosmovisiones y valores culturales cuya supremacía suele ser enfocada hacia lo colectivo, la Corte ha permitido que la defensa sea ejercida por familiares (T-349 de 1996) o que no sea ejercida por un abogado (T-523 de 1997). Lo anterior si se opone a la formulación del derecho de defensa en el campo del derecho procesal penal colombiano que es mucho más estricto frente a la validez y eficacia del juzgamiento y requiere para su ejercicio no solo la representación de un abogado sino también la debida defensa técnica y material (Bernal Cuellar & Montealegre Lynett, 2013). Lo que sin duda abarca un diálogo intercultural de justicias sobre un contenido mínimo que respete y maximice la autonomía jurisdiccional indígena.

- Principio de culpabilidad individual: los pueblos indígenas sancionaran basados en los actos o conductas concretas más no atendiendo otros factores relacionados con derecho penal de autor. Este límite, deviene de la sentencia T-811 de 2004 en la que se decide un caso de sanción de expulsión del territorio indígena a un comunero que no tuvo nexo directo con el homicidio ocurrido. La fundamentación se basa en la Constitución Política que proscribió el derecho penal de autor y en su lugar incorporo el de culpabilidad por el acto que se le imputa como un límite al ius puniendi. Por consiguiente, la Corte Constitucional pone en vigencia el pleno entendimiento del principio de culpabilidad que como lo mencionan Muñoz Conde y García Arán(Muñoz Conde & García Arán, 2012) “esta fuera de discusión en el moderno derecho penal que

la pena tanto en su fundamento, como en sus límites, depende del grado de participación o responsabilidad subjetiva del sujeto en la realización del delito" (pág. 93) asumiendo al sujeto como responsable.

- No obligatoriedad de la segunda instancia: las estructuras de los pueblos indígenas varían conforme a su cosmovisión y valores culturales. Por ende, su organización y las autoridades existentes cumplen roles concretos que permiten refrendar lo colectivo y garantizar la diversidad étnica. La jurisprudencia constitucional ha sido clara en afirmar que *"en el marco de los ordenamientos ancestrales indígenas existen autoridades cuyo rango sociocultural excluye la impugnación de sus decisiones"* (T-208 de 2015 y T-903 de 2009). Por ende, el derecho a la segunda instancia no es absoluto y su no existencia en la JEI no puede significar una vulneración al debido proceso.

- Razonabilidad y proporcionalidad de las penas: De manera expresa, se ha advertido que los castigos no pueden "trascender a la persona del infractor, afectar su mínimo vital, ser irredimibles, o implicar cercenamiento cultural" (T-523 de 2012, párrafo 5.6.3.6). Sin embargo, específicamente no se ha trazado el alcance de los criterios anteriormente descritos en un contexto de pluralismo jurídico penal. Se han examinado, aquellos dispositivos de castigo corporales de las comunidades indígenas que pueden comprender lesiones físicas que afectan su integridad personal. Por ejemplo, el fuete o el cepo[40], concluyendo que estas prácticas son admisibles por tener una relación directa con los valores colectivos que se pretenden proteger, así como por suponer parte de la armonización o purificación de la persona condenada (T-349 de 1996, T-523 de 1997). En la misma lógica, se han prohibido mecanismos de castigo cuya ejecución comprometa seriamente el núcleo de otros derechos fundamentales como la vida o

[40] Al respecto, la sentencia T-523 de 1997 preceptúa que *"*el fuete consiste en la flagelación con "perrero de arriar ganado", que en este caso se ejecuta en la parte inferior de la pierna. Este castigo, que se considera de menor entidad que el cepo, es una de las sanciones que más utilizan los paeces. Aunque indudablemente produce aflicción, su finalidad no es causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo, el rayo. Es pues, una figura simbólica o, en otras palabras, un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía. En este caso, y al margen de su significado simbólico, la Corte estima que el sufrimiento que esta pena podría causar al actor no reviste los niveles de gravedad requeridos para que pueda considerarse como tortura, pues el daño corporal que produce es mínimo. Tampoco podría considerarse como una pena degradante que "humille al individuo groseramente delante de otro o en su mismo fuero interno", porque de acuerdo con los elementos del caso, esta es una práctica que se utiliza normalmente entre los paeces y cuyo fin no es exponer al individuo al "escarmiento" público, sino buscar que recupere su lugar en la comunidad. Al respecto, es significativo el hecho de que ninguno de los condenados, ni siquiera el propio demandante, cuestionara esta sanción*"* (párrafo 3.3.3).

derivados de prohibiciones constitucionales explicitas como la esclavitud[41] y la tortura[42] (T-349 de 1996).

Son dos los parámetros que las comunidades indígenas deben observar al momento de imponer una sanción de modo que pueda reputarse esta como razonable y proporcional. Así, se encuentra el quantum y el tipo de pena atendiendo el estándar de previsibilidad como aplicación del principio de legalidad de las penas (T-510 de 2020). Asimismo, la pena impuesta tiene como marco de comparación el sistema de penas establecido en la legislación penal colombiana y debe ubicarse "dentro de los límites de lo interculturalmente tolerable" (T-552 de 2003).

- Principio de legalidad: tratándose de derecho propio la previsibilidad de los procedimientos y sanciones a imponer se convierte en su principal contenido. Precisamente, del principio de autonomía de los pueblos indígenas se desprende el precepto de que el derecho propio no debe ser comparado con el derecho nacional, mucho menos en lo que concierne a los contenidos estrictos que maneja el debido proceso, la tipicidad, la legalidad del procedimiento, la sanción y el juez natural que se estructuran en la jurisdicción ordinaria (T-449 de 2013 y T-552 de 2003). Concretamente, sobre la previsibilidad de las actuaciones de las autoridades tradicionales, la Corte ha establecido que es necesaria: *"*la existencia de precedentes que permitan establecer, dentro de ciertos márgenes, qué conductas se consideras ilícitas, cuáles son los procedimientos para el juzgamiento, y cuál es el tipo y el rango de las sanciones conforme la organización social, política y jurídica de la comunidad que se trate*"* (T-552 de 2003, T-523 de 1997, T-1294 de 2005 y T-510 de 2020). De esta forma, se equilibra el principio de diversidad étnica con los requerimientos del principio de legalidad ya que reconoce el carácter dinámico del derecho propio e impide actuaciones caprichosas o arbitrarias en el marco de la JEI (T-510 de 2020). La sentencia (T-510 de 2020) juiciosamente ha delimitado los elementos del principio de legalidad en relación con la previsibilidad y el marco de actuaciones de la JEI como se puede observar de la tabla 2.

[41] Art. 12 de la Constitución Política: "nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes".
[42] Art. 17 de la Constitución Política: "se prohíbe la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas"

Tabla 1-2: Elementos del principio de legalidad

Elementos del principio de legalidad	Elementos para analizar la previsibilidad de las actuaciones de la justicia indígena
Orgánico	El juzgamiento fue adelantado por una "*autoridad previamente constituida*".
Procesal	El juzgamiento fue adelantado "*conforme a prácticas tradicionales que garanticen el derecho de defensa*".
Sustantivo	La ilicitud de la conducta está definida por "*criterios tradicionales generalmente aceptados*" por la comunidad.
Razonabilidad y proporcionalidad de la pena	La pena debe ser "*comparable*". Esta no puede "*resultar contraria a la garantía de los derechos fundamentales que como un mínimo común se aplican a todos los colombianos*", dentro de "*los límites de lo interculturalmente tolerable*".

Fuente: Sentencia T-510 de 2020, párrafo 35.2.

Resumiendo, la Corte Constitucional ha indicado que el debido proceso es un límite para observarse por los pueblos indígenas en aplicación de su derecho propio. No obstante, en el núcleo esencial se ha flexibilizado para dar paso a interpretaciones adaptables que puedan corresponder a la teoría del derecho penal constitucional liberal y a las formulaciones jurídicas de las comunidades indígenas. Gómez Valencia (2015) explica que el debido proceso desde la Constitución Política de 1991 se convirtió en una figura bicultural que por ende requiere de una interpretación intercultural que propenda por la unificación de criterios en oposición a delimitaciones separadas que según su entender es un vicio producto del multiculturalismo liberal y del pluralismo jurídico clásico.

Capítulo 2. Resocialización y pluralismo jurídico

En el ordenamiento jurídico penal colombiano, se adscribe a la pena, entre otros, la función de resocialización o reintegración de la persona condenada[43]. Esta, se deriva de diversas fuentes legales subordinadas a la Constitución Política ya que no existe un artículo concreto del texto constitucional que determine con precisión el alcance o desarrolle la misma (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2014). No obstante, existen disposiciones constitucionales cuyos principios conforman un contenido básico y orientan su materialización. Es así, que "en cualquier proceso de resocialización debe ser observada la prohibición de penas crueles inhumanas o degradantes (artículo 12), la prohibición de penas o medidas de seguridad imprescriptibles (artículo 28) y el debido proceso y la favorabilidad en material penal (artículo 29)*"* (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2014, págs. 40,41)

De este modo, los principios generales que en materia penal incorpora la Constitución Política irradian la finalidad resocializadora de la pena que cobra protagonismo en la ejecución de la misma[44]. Su contenido, puede ser extraído de, entre otras normas, el artículo 142 de la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario) que preceptúa lo siguiente: "el objetivo del tratamiento penitenciario es preparar al condenado, mediante su resocialización para la vida en libertad". Entonces, el objetivo de la resocialización en Colombia obedece a la preparación que recibe la persona condenada para que pueda reconstruir su proyecto de vida (Rueda Soto, 2010). Por supuesto, esta se desarrolla en la fase de ejecución de la condena que suele ocurrir a través del

[43] La resocialización (prevención especial) se recoge en los artículos 12, 28 inciso 4, 29 inciso 4 y 34 de la Constitución Política y por el artículo 4 del Código Penal (Velásquez Velásquez, 2021). También se encuentra presente en las disposiciones del Código Penitenciario y Carcelario mediante los artículos 5, 6, 9, 10, 142, 143 y 144.

[44] De acuerdo con los derroteros expuestos por Roxin, 1997; 2013) los fines de la pena se concretan en tres estadios, a saber, las conminaciones penales (preventivo general), la imposición de las sanciones (preventivo general y preventivo especial) y la ejecución de la pena (resocialización).

encarcelamiento en las prisiones ya que se ha posicionado como una respuesta predilecta por los Estados para afrontar la criminalidad (Ariza & Iturralde, 2011).

Dado su contenido constitucional, su exigibilidad recae para todos aquellos casos en que la prisión sea utilizada como dispositivo de castigo. Siendo, este el caso de los pueblos indígenas, quiénes han utilizado, en el marco de sus funciones jurisdiccionales, la prisión estatal para aquellas condenas en que las conductas cometidas por sus comuneros transgreden seriamente los valores colectivos (Ariza & Zambrano, 2012). Por ende, su resocialización ha ocurrido en la prisión estatal cuyos programas de tratamiento penitenciario no cuentan con enfoque diferencial étnico a pesar de su inclusión en el artículo 3A de la Ley 1709 de 2014 que modificó el Código Penitenciario y Carcelario (Hernández Jiménez N. , 2018).

De esta manera, la Corte Constitucional colombiana mediante las sentencias T-921 de 2013 y T-208 de 2015 ha propiciado que la resocialización de miembros de comunidades indígenas se lleve a cabo atendiendo a su identidad cultural. Introduciendo, el concepto de *resocialización étnicamente diferenciada*. Por ello, en el presente capítulo se hará un abordaje a la resocialización como finalidad de la pena en el derecho penal liberal, señalando su alcance, su carácter ius fundamental y reseñando las principales críticas que se han esbozado. Igualmente, se reconstruirán los principales argumentos expuestos por la Corte Constitucional para el desarrollo de la resocialización en un contexto de pluralismo jurídico.

2.1 La resocialización en el sistema penal colombiano

El actual Código Penal (Ley 599 de 2000) implantó las teorías mixtas sobre los fines de la pena, integrando cinco funciones, a saber, retribución, prevención general, prevención especial, reinserción social y protección al condenado (Ruiz, 2019). Todas ellas, como lo ha planteado Roxin (2013) se desenvuelven en distintos escenarios de la creación y aplicación de normas penales. De ahí que, la resocialización sea implementada a cabalidad solo hasta la imposición de la condena. Esta finalidad de la pena, como se destacó en líneas precedentes supone la reintegración asertiva de la persona a través de una intervención holística en las distintas dimensiones del ser humano y suele llevarse a cabo a través del encierro en prisiones.

La normatividad del Código Penitenciario y Carcelario incorpora como principios el respeto a la dignidad humana, la resocialización y el carácter humanitario de la ejecución de la pena. Rueda Soto (2010) entiende que tanto el principio de dignidad humana o humanización de las penas junto con el de resocialización están presentes en la función de la ejecución de las penas. Explica que la fase terciaria de la responsabilidad penal incorpora la obligación de observar la dignidad humana, los derechos humanos y las garantías constitucionales que le asisten a las personas condenadas. Del mismo modo Rueda Soto (2010) insiste en que la resocialización, en teoría, debe atender a la "readaptación del condenado a la vida en comunidad" siendo "consustancial al esquema del Estado social de derecho implementado en la Carta Política de 1991" delimitando la resocialización como fin esencial de la pena. (págs. 91, 137).

Esta finalidad, opera de manera progresiva. Así se ha estipulado en las normas administrativas de la autoridad penitenciaria[45]. Desde este enfoque, la persona condenada debe atravesar por diversas fases penitenciarias que suponen regímenes de libertad más abiertos (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2014). En el proceso de tratamiento penitenciario que, depende del monto de tiempo asignado de condena, a la persona se le asiste de manera integral por medio de la cultura, el deporte, la recreación, relaciones de familia, trabajo, estudio, enseñanza y opciones de contacto con la sociedad – medidas sustitutivas a la prisión[46], permisos y beneficios penitenciarios[47]- (Hernández Jiménez N. , 2018, pág. 16). Concretamente, las actividades de trabajo, estudio y enseñanza conlleva a la reducción de días al tiempo de condena que ha sido determinado por una decisión judicial ejecutoriada; se denomina redención de pena y

[45] La Resolución 7302 de 2005 emitida por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario desarrolla de manera concreta el tratamiento penitenciario de las personas condenadas. Sus principios son la gradualidad y progresividad. La atención integral procura por medio de distintos servicios ofrecer opciones idóneas al recluso para minimizar los efectos de la prisonización y enfocar mejor los propósitos de la finalidad resocializadora. Las fases del tratamiento penitenciario son cinco, según el artículo 10 de la mencionada Resolución: 1) fase de observación, diagnóstico y clasificación; 2) fase de alta seguridad (período cerrado); 3) fase mediana seguridad (período semiabierto; 4) fase de mínima seguridad (período abierto); y, 5) fase de confianza (período abierto). Estas fases se caracterizan por la evolución que se espera en el tratamiento penitenciario y tienen relación directa con la concesión de beneficios administrativos.

[46] En el Código Penal se determinan las siguientes medidas sustitutivas a la prisión que pueden ser concedidas a personas condenadas recluidas en prisión: a) libertad condicional (Art. 64), y b) prisión domiciliaria: por cumplimiento de la mitad de la condena (Art. 38G), cuando la pena impuesta no sea superior a 8 años (Art. 38B), por enfermedad grave incompatible con la vida en reclusión (Art. 68), por ser madre o padre cabeza de familia (Ley 750 de 2002)

[47] En el Código Penitenciario y Carcelario se establecen como beneficios administrativos los siguientes: a) permiso de hasta setenta y dos horas (Art. 147); b) permiso de salida por 15 días continuos (Art. 147A); c) libertad preparatoria (Art. 148): y, d) franquicia preparatoria (Art.149).

se configura como un derecho[48] de la persona condenada por su relación directa con la dignidad humana y la resocialización.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional que ha avalado la resocialización como un fin legitimo en un Estado democrático cuyo objetivo consiste en dotar de herramientas al recluso para que retorne a la sociedad de manera asertiva. Al respecto, la Corte Constitucional ha explicado que

> Se considera como propio del Estado social de derecho que la ejecución de la sanción penal esté orientada por finalidades de prevención especial positiva, esto es, en esta fase se debe buscar ante todo la resocialización del condenado, obviamente dentro del respeto de su autonomía y dignidad. (…) La resocialización, concebida como garantía y centrada en la órbita de la autonomía del individuo, no consiste en la imposición estatal de un esquema prefijado de valores, sino en la creación de las bases de un autodesarrollo libre y, en todo caso, como disposición de los medios y de las condiciones que impidan que la persona vea empeorado, a consecuencia de la intervención penal, su estado general y sus opciones reales de socialización (C-261 de 1996, párrafos 7 y 13)

En jurisprudencia más reciente, la Corte Constitucional ha resaltado la importancia de que el sistema penitenciario y carcelario haga todo lo posible por satisfacer este fin de la pena para materializar los postulados del Estado social y democrático de derecho. Por ello, insiste en la necesidad de configurar una política criminal racional y coherente que efectivamente permita garantizar los distintos derechos de las personas privadas de la libertad. Más concretamente reitera que

> El tercer fin, el resocializador o la prevención especial positiva, es el que hace que la pena privativa de la libertad sea constitucionalmente válida, de modo que, en la práctica penitenciaria, ese fin adquiere un valor significativo entre los demás, que se concretan antes de la ejecución de la sanción y en el momento de su imposición judicial. La resocialización es un objetivo que se desprende de la naturaleza del tipo de Estado

[48] La Ley 1709 de 2014 introdujo el artículo 103 A al Código Carcelario y Penitenciario que trata sobre el derecho a la redención: “La redención de pena es un derecho que será exigible una vez la persona privada de la libertad cumpla los requisitos exigidos para acceder a ella. Todas las decisiones que afecten la redención de la pena, podrán controvertirse ante los Jueces competentes”. La Corte Constitucional, en sentencia T-718 de 2015 ratificó su carácter de derecho.

> adoptado por el constituyente primario en 1991, pues en "un Estado social de derecho fundado en la dignidad humana (…) el objeto del derecho penal (…) no es excluir al delincuente del pacto social sino buscar su reinserción en el mismo (A-121 de 2018, párrafo 58)

Justamente, como bien lo afirma Velásquez (2021), la edificación del moderno Estado social y democrático de derecho descansa en el principio de la dignidad humana[49] que a su vez se constituye en un límite material al ejercicio del ius puniendi y que por supuesto, incorpora el momento de la ejecución de la sanción penal con su perspectiva resocializadora. Su impacto entraña el respeto y valor al ser humano como centro de la actuación estatal. Así, junto con el principio de legalidad se desprende el apotegma de *nulla poena, nulla mensura sine regimene legale, sine humanitae, sine resocializatione* que busca dotar de garantías al tratamiento penitenciario al que se sujetará la persona condenada. En consecuencia, continuando con Velásquez (2021) ello comporta que el Estado deberá rodear de garantías la ejecución de la pena para que la persona no pierda su identidad o no se produzca su degradación, partiendo de que las instituciones encargadas de hacer cumplir la condena actúan bajo parámetros humanitarios y procuran una atención integral que le permita al sujeto condenado volver a la sociedad.

Precisamente, Mir Puig (2011) destaca que la evolución histórica del sistema penal ha hecho una transición de la pena de muerte y corporal a aquellas privativas de la libertad, al menos en países civilizados, en donde se sitúa el carácter humanitario que debe colegirse en la ejecución de la pena, que además ha sido refrendado por normas de derecho internacional como son las Reglas Mínimas de Tratamiento a los Reclusos de las Naciones Unidas (Reglas Mandela) que no buscan otra cosa que asegurar un trato humanitario y digno a las personas privadas de la libertad. A su vez, teniendo presente que la privación de la libertad suele ser inevitable en muchos casos, el fin resocializador toma fuerza y su aplicación debe evitar la marginación de la persona condenada. Por tanto, la resocialización debe entenderse como "un intento de ampliar las posibilidades de la participación en la vida social, una oferta de alternativas al comportamiento criminal" (pág. 129) partiendo de la aceptación/ voluntad del sujeto con quién el Estado entabla un diálogo en procura del bienestar de la sociedad y del sujeto tratado, evitando la imposición de un sistema de valores (Mir Puig, 1982).

---

[49] Velásquez (2021) expresa que no existe unificación de criterios frente al principio de dignidad humana frente al derecho penal y se alude a diversos contenidos. Algunos doctrinantes en la materia hacen la distinción entre los principios de humanidad de las penas y de dignidad de la persona.

2.1.2 Críticas globales a la resocialización

La resocialización no ha sido una finalidad penal pacífica. Sobre ella se ciernen distintas críticas que apuntan a destacar las falencias, falta de eficacia y promesas no cumplidas, llegando a ser catalogada como mito o utopía. Garland (2005), con base en los estudios que hace en Reino Unido y Estados Unidos, expone que la corriente crítica que se hizo al modelo correccionalista fue "propiciada por una transición social que involucró procesos convergentes de cambio económico, político y cultural" (pág. 136). Puntualmente, explica que son tres las tesis que se hicieron alrededor del correccionalismo en el complejo penal-welfare:

> 1) La tesis de la perversidad. El correccionalismo produce resultados perversos e inesperados. No mejora, sino que empeora a los delincuentes. Las políticas de la rehabilitación producen un aumento y no una reducción del delito. "Todo se vuelve en contra"; 2) La tesis de la futilidad. El correccionalismo siempre fracasará. No es posible reformar o corregir a las personas. Los esfuerzos por la rehabilitación son fútiles y resultan un desperdicio de recursos públicos. "Nada funciona"; y, 3) La tesis del peligro. Las prácticas correccionalistas socavan principios fundamentales como la autonomía moral, los derechos del individuo, el debido proceso y el Estado de derecho. Las políticas de la rehabilitación comprometen cruciales valores liberales democráticos (Garland, 2005, pág. 133).

Estas críticas no respondían a teorías elaboradas y presentaban incoherencias en sus formulaciones; sin embargo, unía a grupos y personas de diferentes espectros políticos que en últimas rechazaban la capacidad del Estado para el control del delito (Garland, 2005, pág. 134). De esta forma, el "movimiento anticorrecionalista" produjo cambios inimaginables respecto de "los compromisos culturales, las estructuras sociales, las alianzas y perspectivas políticas" en la forma de entender el crimen y el castigo que impacta posteriormente en el entendimiento de la resocialización en la historia presente (Garland, 2005, págs. 134,135).

De esta forma, Garland (2005) explica que los fines del derecho penal se asientan en una arquitectura institucional diseñada en procesos históricos anteriores y cuyas tímidas transformaciones han repercutido más en el funcionamiento estratégico y la importancia social del sistema penal. Y esto, precisamente ha sucedido con la resocialización. Agrega que existe una alteración de prioridades donde el valor más

importante es la seguridad; puntualizando que “el objetivo inmediato ya no es mejorar la autoestima del delincuente, desarrollar la capacidad de discernimiento o prestar servicios centrados en el cliente, sino imponer restricciones, reducir el delito y proteger al público” (pág. 288)

Las anteriores reflexiones de Garland permiten contextualizar cómo las críticas a la resocialización desembocaron en una cultura del castigo más represiva que se opone a la pretensiones del Estado de bienestar. No obstante, muchas de estas críticas se mantienen, principalmente, por las dificultades que las prisiones suelen tener. Junto a ello y con la reinvención de la prisión, la privación de la libertad se sigue sosteniendo como la pena por excelencia de los Estados (Muñoz Conde & García Arán, 2012). Y, por ende, las críticas continúan y sugieren que la prisión como institución total y disciplinante no ostenta las características necesarias para reintegrar al delincuente a la sociedad, una vez cumplida su condena. En este sentido, se reseñan brevemente las siguientes.

En primer lugar, aparecen las críticas que apuntan a la selectividad de los sistemas penales . Estas entienden que las diversas dimensiones del poder inciden directamente en la criminalización y aplicación del derecho penal que se acentúa sobre los grupos sociales marginados. Este campo de estudio ha sido catalogado al interior de la criminología critica (Larrauri, 2018, pág. 76). Así, se encuentra que Baratta (1982) siguiendo los estudios de Pavarini y Melossi, Rusche O. Kircheimer y Foucault, explica cómo la prisión se convierte en un mecanismo penal productor de desigualdad. En efecto, el nacimiento de la institución carcelaria hizo parte de la transformación de las formas de relacionamiento productivo acompañando el surgimiento de la sociedad capitalista. El autor en mención señala que la aplicación selectiva de las normas penales se materializa en la prisión cuya población responde a clases bajas y sectores marginados socialmente cuya mano de obra ha sido capitalizada bien por las economías legales o ilegales profundizando características de criminalidad con consecuencias graves como la perdida de libertad, de autonomía y demás efectos que se generan alrededor de la cultura carcelaria.

Continuando con Baratta (2004) señala que las causas reales de la comisión de los delitos suelen adjudicarse a dificultades sociales y económicas de las personas que se encuentran marginadas socialmente en donde fallaron los procesos de socialización desde la etapa escolar por lo que la cárcel continúa ejerciendo un escenario de

marginación y exclusión social. En consecuencia, la prisión realmente no cumple los requisitos necesarios para llevar a cabo programas de resocialización exitosos.

También, Zaffaroni (1997) en su argumentación refiere que el discurso de tratamiento resocializador pierde validez y se convierte en un absurdo dado los caracteres negativos acentuados de los sistemas penales. Para el autor, los sistemas penales se caracterizan por ser "selectivos, estereotipados, violentos, corruptos y reproductores de violencia", en algunos casos con más intensidad que en otros. Características que repercuten directamente en el panorama penitenciario cuyas condiciones inhumanas y poco dignas no favorecen un ideal resocializador. Esto debido a que los sistemas penales, en particular, los del tercer mundo representan sociedades estratificadas con concentración de riqueza en algunas clases sociales que obstaculizan el sistema democrático.

En segundo lugar, aparecen las críticas que analizan los efectos negativos que tiene la prisión en la autonomía y personalidad de las personas que se encuentran allí por las dinámicas de orden interno y la ausencia de recursos estatales para las instituciones penitenciarias. De esta forma, Muñoz Conde (1979) ha cuestionado la idea de educar para la libertad a través del encierro. Sugiere que existen tres razones que al estar presentes en el escenario carcelario impiden por completo lograr el objetivo resocializador en su versión más aceptada, esto es, que el delincuente lleve una vida futura sin delitos. La primera de ellas por las difíciles condiciones de vida que suelen existir y la conformación de relaciones internas ocasionadas por la prisonización[50]. La segunda por la vulneración eventual o constante de los derechos fundamentales[51]. Finalmente, la tercera por la ausencia de capacidades de la administración penitenciaria de proveer personal suficiente y programas de tratamiento penitenciario de calidad[52].

---

[50] Apelando a los estudios que hicieron Clemmer y Goffmann, Muñoz Conde (1979) recuerda que en el mundo carcelario coexisten dos sistemas de normas, la oficial (la que determina la autoridad penitenciaria) y no oficial (rige la vida de los reclusos y sus relaciones entre si). De este modo, la persona se inserta en un nuevo mundo que moldea el relacionamiento social y asigna roles. Obviamente, esta nueva configuración no reporta resultados positivos al proceso de resocialización ya que la persona se integra y permanece en un ambiente de criminalidad no adquiriendo valores para retornar a la sociedad. Así, se ha planteado que la prisonización altera la personalidad del recluso de manera permanente o temporal cuyo comportamiento no responde a esquemas de tratamiento penitenciario.

[51] A pesar de que Muñoz Conde (2012) se refiere en este punto a la voluntariedad que debe existir por parte del condenado de participar en un proceso de resocialización. En la actualidad, también, se observa que los reclusos tienen algunos derechos fundamentales limitados cuya conexión con los programas de resocialización puede resultar pertinente, como es el caso de la unidad familiar.

[52] Frente a este punto, en su momento, Muñoz Conde (2012) afirmaba que la ausencia de una política pública seria impacta en la no materialización de los postulados teóricos de la resocialización. Los Estados no aseguran los recursos necesarios para que exista el personal necesario, cualificado y los programas de tratamiento penitenciario se llevan a cabo de manera precaria.

Por su parte, Baratta (2004) expone dos principios no considerados en la dimensión legislativa que introdujo en distintos sistemas normativos la resocialización como fin de la pena. Estos son el elemento escéptico y el elemento real que apuntan a exponer cómo la naturaleza de la prisión que se encuentra basada en la disciplina, restricción y aislamiento no desaparece los efectos negativos en el futuro de las personas condenadas, y por el contrario las aproxima aún más a la criminalidad.

Igualmente, Bravo (2017) a través de Zizek indica que existen tres tipos de violencia que están consolidadas en los discursos y prácticas presentes en este relacionamiento social segregacional que gira en torno a la obtención de mejores condiciones de reclusión o acentuación de la corrupción y criminalidad en la dinámica de negociación de bienes y servicios. Estas son: "la subjetiva, vinculada a la decisión de practicar un acto violento; la objetiva, relacionada a estructuras sociales e institucionales que actúan de manera permanente; y la simbólica, que se ejerce a través del lenguaje" (pág. 88). Lo anterior, impacta negativamente su plano emocional y psíquico con ocasión de los factores de soledad, promiscuidad, falta de privacidad, abandono efectivo, las alteraciones de la noción del tiempo, las largas horas de ocio, consumo de drogas entre otros, que indudablemente dificultan y hacen de la prisión un contexto no propicio para llevar a cabo programas de resocialización. Bravo (2017) concluye que "la resocialización de las personas privadas de la libertad es una ficción, necesaria para justificar la existencia y crecimiento de las instituciones carcelarias" (pág. 92) pero sin lograr éxito alguno por las condiciones de vida en reclusión que suelen caracterizar a este tipo de instituciones totales, reafirmando el mito de la resocialización.

Finalmente, aparecen críticas de contenido normativo. Al respecto Ferrajoli (2016) apunta a que la pena carcelaria[53] es una contradicción institucional en tanto, es contraria "a) al criterio de justificación de la pena en general como minimización de la violencia

[53] En la descripción que hace Ferrajoli (2016) sobre las instituciones penitenciarias italianas, se refleja fielmente la naturaleza de la prisión: "con la reclusión el condenado es arrojado, muy frecuentemente, en un infierno: en una sociedad salvaje, abandonada de hecho en gran parte al juego "libre" de las relaciones de fuerza y de poder entre detenidos y al desarrollo de una criminalidad carcelaria incontrolada que se ejercita sobre los más débiles e indefensos. Dentro de los muros de la cárcel, todo arbitrio, toda violencia, toda violación de derechos, toda lesión de la dignidad humana de las personas es posible. De hecho, en la mayor parte de las cárceles, los presos se encuentran literalmente en condiciones de sujeción -a sus carceleros y al grupo de poder que se forma entre los reclusos- y la entera vida es disciplinada por reglas y prácticas en parte escritas, y en gran parte no escritas, que hacen de cualquier cárcel una cárcel completamente diversa de otra, de toda pena una pena diversa de otra, de cada preso un preso diversamente discriminado o privilegiado respecto de los demás: por la diferencia en materia de espacios comunes, de habitabilidad de las celdas, de duchas, de horarios de patio y aire, de condiciones higiénicas y sanitarias; por las innumerables prescripciones y sobre todo prohibiciones, muchas de las cuales son completamente distintas entre una cárcel y otra; por las vejaciones pequeñas y grandes a las cuales son sometidos los presos en violación de sus derechos fundamentales" (pág. 6)

punitiva; b) al mismo modelo teórico y normativo de la pena privativa de la libertad como pena igual y taxativamente determinada por la ley; y, c) a los principios de respeto de la dignidad de la persona y de la finalidad reeducativa de la pen*a*" (pág. 8)

Ahora bien, con base en los autores consultados podemos entender que la resocialización como finalidad de la pena, lejos de ser una finalidad pacifica, aceptada y especialmente corroborada, genera una cantidad importante de reparos. Reproches y nudos críticos que desde diferentes vectores del estudio de las ciencias penales y castigo discuten su legitimidad, así como la eficacia en el cumplimento de su fin y función.

2.1.2 Estado de Cosas Inconstitucional y su relación con la resocialización

En lo que atañe al sistema penitenciario colombiano se ha adoptado la figura jurídica del Estado de Cosas inconstitucional[54] dada la persistencia y evidencia de vulneración masiva y sistemática de los derechos de las personas privadas de la libertad en distintos establecimientos de reclusión, cuya causa se asocia principalmente a la desestructurada política criminal que eleva los niveles de hacinamiento. Por supuesto, lo anterior ha dejado entrever la dificultad para que se concreten los postulados resocializadores conllevando a una crisis en cuanto a este fin de la pena.

En este sentido, para la Corte Constitucional es claro que dada la crisis humanitaria en las prisiones colombianas que impide un acceso adecuado, oportuno y digno a diversos servicios esenciales, sumado a las dinámicas de orden interno han eliminado paulatinamente "cualquier pretensión de resocialización al generar ambientes que propician y fomentan la criminalidad, convirtiendo a las prisiones en verdaderas universidades del delito" (T-762 de 2015, párrafos 17 y 83). Esto, obedece principalmente a la ausencia de personal especializado, la insuficiencia de cupos para las actividades de trabajo, estudio y enseñanza, las dinámicas internas de criminalidad que se fortalecen, la poca inversión en recursos para propiciar programas serios de reintegración, la desarticulación, los programas de tratamiento penitenciario mal estructurados, entre otros factores que en definitiva contribuyen negativamente a las fallas de la finalidad resocializadora (T-388 de 2013).

[54] Corte Constitucional, sentencias T-762 de 2015, T-388 de 2013 y T-153 de 1998.

Desde luego, la situación que ha encontrado la Corte Constitucional en las prisiones colombianas tienen efectos directos en los miembros de las comunidades indígenas que se encuentran recluidos allí. Al respecto, se ha encontrado que: 1) no existe un censo unificado que de cuenta de los indígenas en prisión; 2) las autoridades penitenciarias desconocen los derechos constitucionales a favor de los pueblos indígenas, dando como resultado su desconocimiento; 3) los pueblos indígenas y sus organizaciones no tiene el recurso humano y financiero suficiente para mantener un contacto permanente; 4) algunos miembros de comunidades indígenas conservan su lengua nativa lo que dificulta su comunicación al interior de la prisión; y, 5) no se prevén programas de resocialización con enfoque diferencial (Medina Villarreal, Gutiérrez Quevedo, & Forero, 2016, pág. 15). Todo lo anterior, ocasiona la aculturación a la sociedad mayoritaria y el quebranto de una finalidad resocializadora que respete su derecho a la identidad cultural.

Por su parte, en relación al fallo de la finalidad resocializadora por las circunstancias que rodea la prisión, Ariza e Iturralde (2011) habían concluido con anterioridad a las dos sentencias que se han relacionado, que la prisión en Colombia no cumple con un papel reeducador. No representa los valores democráticos sobre los que esta edificado políticamente el Estado y contribuye a seleccionar y excluir de manera desproporcionada a personas que hacen parte de sectores marginales. Solamente reproduciendo los complejos problemas sociales y las asimetrías que se encuentran al interior de la totalidad de la sociedad colombiana. Así, los autores en mención adjudican a la prisión un fin útil que no es precisamente la resocialización sino la neutralización o control de los ilegalismos que a la larga lo que ocasionan es la continuidad de la delincuencia.

Por su parte, Hernández Jiménez (2018) ha advertido del fracaso de la resocialización ya que ha tenido un rol secundario, pues se da preeminencia al castigo desde el punto de vista retributivo sumado a las dificultades asociadas al Estado de Cosas Inconstitucionales que impiden la operatividad de los programas y hace casi inexistente la gestión penitenciaria frente a los programas de tratamiento. Particularmente, sobre los miembros de comunidades indígenas que se encuentran en prisión estatal ha de anotarse que los programas de resocialización con los que cuenta el INPEC, en la práctica, no responden a un enfoque diferencial que atienda con infraestructura, servicios y programas educativos, laborales o de enseñanza las necesidades de reintegración culturalmente diversas (Hernández Jiménez N. , 2018).

Los planteamientos de Bravo (2017) comparte igualmente que las condiciones de las prisiones colombianas provocan alteraciones al goce y disfrute de derechos fundamentales de los reclusos que alejan por completo un fin resocializador, pero considera que aún así desapareciendo estas condiciones de hacinamiento, infraestructura deteriorada, mala prestación de los servicios de salud, entre otras; la *cárcel es una institución social límite* que dada la naturaleza sobre la cual esta cimentada ocasionan que las formas de resocialización se caractericen por la alineación, agresividad y modificaciones de la personalidad lo que la sitúa en adversaria de la resocialización (pág. 96). En su lugar, explica el autor que su función se podría resumir a la contención social de aquellas personas que por las desigualdades generadas en un sociedad determinada han tenido que recurrir al delito como forma de ingreso económico.

De lo anterior, se puede observar que la resocialización en Colombia desde una perspectiva práctica presenta múltiples dificultades de las cuales no se deprenden resultados esperados. En particular, sobre los miembros de las comunidades indígenas opera negativamente al no preservar su identidad cultural. Sin embargo, dado el carácter social y democrático del Estado Colombia, la Corte Constitucional precisa que el principio resocializador debe ser el que guía la fase de ejecución penal; por ello, determina que

> El sentido último de un sistema penitenciario y carcelario es lograr la resocialización y reintegración de las personas que fueron privadas de la libertad. Al lado de la función retributiva de la pena, la resocialización ha de ser el principal objetivo de la reclusión, junto con la disuasión, la principal garantía de no repetición. Se pretende que la reclusión y la penitencia transformen a la persona que ha atentado gravemente la convivencia en sociedad, para que pueda regresar a vivir sin romper las mínimas reglas de armonía. Las limitaciones que la disciplina impone a las personas recluidas, de hecho, encuentran su principal justificación en ser necesarias para lograr tal propósito. La resocialización es una de las principales garantías de no repetición para las víctimas y para los derechos de las personas en general (T-388 de 2013)

2.2 Resocialización de la pena como derecho fundamental de la persona condenada

La positivización de la resocialización como fin de la pena en algunos países como España o Italia ocurrió a través de sus textos constitucionales. No obstante, en el caso colombiano su normativización ha sido a través de las disposiciones penales y penitenciarias. Es decir, que su configuración se ha dado en el amplio margen de libertad legislativa con la que cuenta el Congreso de la República y las facultades reglamentarias de las instituciones penitenciarias. Ello no quiere decir que su importancia se vea disminuida ya que la Corte Constitucional ha resaltado su importancia de que en el momento de la ejecución de la pena se pueda brindar al recluso condenado oportunidades educativas o laborales que permitan su posterior reingreso a la sociedad (C-261 de 1996; T-388 de 2013; T-762 de 2015; A-121 de 2018).

Lo anterior porque se entiende como una justificación constitucional del castigo ejercido por el Estado y por su puesto por su conexión intrínseca con la dignidad humana. Así, en el campo del derecho penal constitucional colombiano se le ha asignado a la resocialización diversos adjetivos calificativos que fungen como fundamentación tanto para el Estado como para la persona condenada. Su conceptualización es multidimensional y la evolución de la jurisprudencia constitucional ha determinado que es un derecho fundamental que le asiste a las personas condenadas en el marco de un Estado Social y Democrático de derecho.

2.2.1 Alcances de la resocialización en la normatividad internacional

Los cuerpos normativos de carácter internacional han reclamado de los Estados la progresión en la tecnología de la pena, de modo que, se puedan garantizar todos aquellos derechos que no tienen por qué limitarse o suspenderse con la privación de la libertad, y en especial subrayando el trato humanitario y digno que debe otorgarse. Constituyéndose en límites que, en principio, están llamados a evitar excesos punitivos contrarios a la dignidad del ser humano e imponiendo parámetros a ser observados por los Estados.

En el amplio espectro de normatividad internacional de los derechos humanos, existen instrumentos de carácter general y específico. Los primeros como la Convención

Americana de Derechos Humanos (Art.5, Numeral 6[55]) y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (Art. 10, Numeral 3[56]) que dado su carácter jurídico se hacen exigibles para los Estados suscriptores. Ambas normativas introducen la "readaptación social" como una finalidad de la reclusión intramuros. En el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos se delimita como uno de los componentes del derecho a la integridad personal.

Las anteriores disposiciones comentadas desarrollan el contenido de un derecho por lo que gozan de fuerza vinculante para conformar el bloque de constitucionalidad[57] del ordenamiento jurídico colombiano. Sotomayor Acosta y Uribe Restrepo (2018) hacen claridad sobre cómo se conforma la reintegración social en un derecho a favor del condenado. Explican que los dos cuerpos normativos aludidos, esto es, el artículo 10, numeral 3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 5, numeral 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos imponen a los Estados suscriptores la obligación de garantizar el retorno a la sociedad de quiénes han sido sometidos a sanción privativa de la libertad. Sin embargo, son claros en sostener que la enunciación que se hace no corresponde a los fines esenciales adoptados por los Estados ya que la fundamentación filosófica- política del castigo corresponde exclusivamente al modelo de Estado que se ha adoptado y a los valores de la sociedad que se pretendan proteger.

Por consiguiente Sotomayor Acosta y Uribe Restrepo (2018) concluyen que, dada la naturaleza de los instrumentos discutidos, es decir consagración de estándares y garantías a favor del ser humano, la resocialización debe ser entendida como un mandato de optimización que exige que las penas permitan concretar dicha garantía. Ante la ausencia de un derrotero constitucional en el derecho colombiano, los autores referidos consideran que esta debe darse a través de los incisos 1 y 2 del artículo 93 constitucional integrando el bloque de constitucionalidad. Así, fungen como criterios

---

[55] Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal, Numeral 6 "Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados".

[56] "El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica".

[57] Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

interpretativos de las disposiciones de la Constitución Política (Art. 10, numeral 3 PDCP) y como un derecho fundamental (Art. 5, numeral 6 CADH). Consecuentemente, Sotomayor Acosta y Uribe Restrepo (2018) concluyen que a pesar de no existir en la Constitución Política una derivación taxativa de los fines de la pena, los derechos allí consagrados como las proscripciones expresas a cierto tipo de penas se convierten en un límite infranqueable a la potestad punitiva del Estado. De ahí que, siendo la reintegración social un derecho, la actuación estatal en materia político criminal de guardar correspondencia con este.

A la par, también existen otras disposiciones internacionales más específicas orientadas al alcance y condiciones mínimas que se deben gestar para que la ejecución penal realmente pueda alcanzar la resocialización. Hernández Jiménez (2018) ha explicado que estas interpretaciones son "impostergables y, por ende, de inmediato e imperativo cumplimiento" (págs. 4,5), y se refiere concretamente a las que ha llevado a cabo la Comisión Interamericana de Derechos sobre la Carta Internacional de Derechos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y la Carta Interamericana de Derechos Humanos. Conforme a su planteamiento, los Estados deben garantizar, al menos, los siguientes derechos agrupados por núcleos de servicios.

Tabla 2-1: Derechos de reclusos al interior de la prisión

Infraestructura digna	Derecho de los reclusos a ser ubicados en locales higiénicos y dignos. Derecho de los reclusos a contar con instalaciones sanitarias adecuadas a sus necesidades y al decoro mínimo propio de su dignidad humana. Derecho de los reclusos a tener una cama individual con su ropa de cama correspondiente en condiciones higiénicas. Derecho a tener una adecuada iluminación y ventilación del sitio de reclusión.
Acceso a Servicios Públicos	Derecho de los reclusos a contar con alimentación y agua potable, suficiente y adecuada.

	Derecho a recibir implementos necesarios para el debido aseo personal.
Autonomía e Higiene Personal	Derecho de los reclusos a recibir ropa digna para su vestido personal. Derecho de los reclusos a recibir atención médica constante y diligente.
Acceso a Servicios Médicos	Derecho de los reclusos a ser examinados por médicos a su ingreso al establecimiento y cuando así se requiera. Derecho de los reclusos a acceder a material de lectura.
Actividades Recreativas	Derecho de los reclusos a practicar, cuando ello sea posible, un ejercicio diariamente al aire libre.
Espiritualidad	Derechos religiosos de los reclusos.

Fuente: (Hernández Jiménez N. , 2018)

Los segundos instrumentos internacionales solo reafirman el objetivo de resocialización de muchos sistemas penales de justicia. No revisten de mayor vinculatoriedad jurídica, pero se convierten en verdaderos lineamientos sobre, en el caso particular, la gestión penitenciaria y las posibilidades de incorporación de programas de tratamiento penitenciario que coadyuven el objetivo de readaptación social integrado por la CADH y el PDCP. Los estándares que se han construido y cuya relevancia ha implicado su utilización en tribunales, en particular el Tribunal Constitucional colombiano (T-388 de 2013) (T-762 de 2015), son las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Mandela) y las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para mujeres delincuentes (Reglas Bangkok).

Siguiendo el documento de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito que aborda la reintegración social (UNODC, 2013)[58], el propósito del tratamiento a los reclusos en el marco de las Reglas Mandela dispone que se debe “inculcar la voluntad

[58] Sobre los efectos colaterales del encarcelamiento en los reclusos y en los programas de reinserción (UNODC, 2013) ha reconocido que “El encarcelamiento en sí mismo puede tener varios “efectos colaterales” sobre los delincuentes: pueden haber perdido sus medios de vida, sus efectos personales, su capacidad para mantener alojados a sí mismos y a su familia; pueden haber contraído alguna enfermedad seria al estar en la prisión; pueden haber perdido relaciones personales importantes y la reclusión puede haber dañado sus redes sociales; y pueden haber sufrido dificultades de salud mental o adquirido. hábitos y actitudes contraproducentes. Se sabe que las condiciones de la reclusión y el régimen de la prisión contribuyen a la institucionalización de los delincuentes, lo que tiende a obstaculizar su capacidad para reintegrarse a la sociedad cuando son liberados. Sin programas eficaces que ayuden a los ofensores a confrontar estos desafíos múltiples, la probabilidad de éxito de su reintegración social es muy pobre” (pág. 46)

de vivir conforme a la ley, mantenerse con el producto de su trabajo, y crear en ellos aptitud para hacerl*o"* fomentando la autonomía y responsabilidad (regla 65). Además, procurarse por el fortalecimiento y mantenimiento de lazos familiares (reglas 79 y 80). Hace hincapié en la consolidación de habilidades productivas. Concretamente, en fortalecer las capacidades laborales del recluso (regla 71, párrafo 4), en ofrecer trabajos similares a los de fuera de prisión (regla 72, párrafo 1) y a brindar equidad salarial (regla 76, párrafo 1). También, la educación goza de especial atención ya que promueve la integración de programas académicos con el sistema educativo del país y a alfabetizar (regla 77) Finalmente, rescata la necesidad de contar con tratamientos penitenciarios individualizados (reglas 59-63) que permitan atender las necesidades y capacidades especificas de los reclusos (regla 69) (Sotomayor Acosta & Uribe Restrepo, 2018).

Por su parte, las Reglas Bangkok aportan el enfoque de género que debe estar presente en los programas que se delimitaren, así como el mantenimiento del contacto con la familia y comunidad, especialmente con los hijos menores (regla 26).

2.2.2 Jurisprudencia constitucional

La evolución progresiva de la Corte Constitucional en Colombia ha conllevado a que de manera expresa se determine la resocialización como un derecho fundamental de la persona condenada. Reiteradamente, se había establecido que la resocialización es la piedra angular sobre la cual se ha cimentado la filosofía del castigo y del sistema de justicia penal. Ello, quiere decir que todo el andamiaje y arquitectura diseñada para castigar tiene como justificante constitucional el hecho de que la persona condenada cuente con los mecanismos idóneos para que posterior al cumplimiento de su condena regrese a la libertad, se reintegre a la sociedad asertivamente en el marco de la legalidad abandonando ideas e inclinaciones criminales.

No obstante, la máxima resocializadora pregonada por el Tribunal Constitucional y por los principios del Código Penal se ha visto obstaculizada por las condiciones y contexto de vulneración constante de derechos de todo tipo a las personas privadas de la libertad. El Estado Cosas Inconstitucional que ha sido declarado y reiterado desde hace más de 20 años se convierte en el principal enemigo de la implementación de programas penitenciarios que por su puesto, en el transcurso de este tiempo no ha podido plantearse afirmativamente. A ello, hay que sumar la desestructurada y poco coherente política criminal que criminaliza conductas que podrían ser tratadas externamente al derecho penal, haciendo un uso irracional de la prisión desconociendo el principio de

intervención mínima o *ultima ratio* e introduciendo personas al sistema carcelario que tal vez no requieran de un proceso de reintegración social.

Concretamente, el carácter de derecho fundamental se otorga con la sentencia T-267 de 2015 que más allá de indicar las razones que justifican dicha decisión se centra en recopilar el alcance y contenido de la resocialización determinando esta nueva configuración. Esta posición se reitera de manera idéntica en la sentencia T-276 de 2016. Posteriormente, a través del Auto 121 de 2018 por medio del cual se hace seguimiento al Estado de Cosas Inconstitucional y se delimitan los mínimos constitucionales de cuatro ejes que considera esenciales para la superación de la crisis carcelaria, se reitera la naturaleza jurídica ius fundamental de la resocialización, puntualizando lo siguiente:

> (…) Lo anterior implica que la resocialización debe ser entendida como: (i) un deber del Estado, y (ii) **un derecho y una obligación del interno condenado**. Por tanto, es deber del Estado asegurar la existencia de los programas de resocialización y la ponderación de los logros encontrados en su aplicación con factores personales de la persona recluida y con valoraciones sobre la conducta cometida. De tal suerte, los programas de resocialización deben prever mecanismos claros de implementación, pero también de valoración al respecto, con el fin de hacerse reflexivos y sostenibles (negrillas fuera de texto).

Anterior a las jurisprudencias citadas, la resocialización era observada únicamente como un fin de la sanción penal y como un deber del Estado por la relación especial de sujeción[59] más no por su carácter de derecho en cabeza de la persona condenada. La sentencia T-274 de 2008 recordaba que

[59] La Corte Constitucional ha sido la encargada de modular y determinar las relaciones entre la administración carcelaria y la población privada de la libertad (PPL) teniendo como eje principal los fines de la pena y el respeto por los derechos fundamentales de los presos. Tempranamente, en su sentencia T- 596 de 1992 acoge la doctrina de la relación especial de sujeción, indicando que la posición predominante del Estado frente a la PPL, específicamente, el poder disciplinario, encuentra sus límites por los derechos de los reclusos y los deberes estatales a los que haya lugar para garantizar esos derechos. Al mismo tiempo, y en lógica de que *"la cárcel no es un sitio ajeno al derecho"*, y de que las personas recluidas no han sido eliminadas de la sociedad, señala el régimen de derechos de la PPL constituido bajo tres grupos: a) los derechos suspendidos como consecuencia de la imposición de una pena; b) los limitados como la comunicación o intimidad; y, c) los derechos intocables como la vida y salud. Esta posición inicial, ha sido mantenida a través de los años por diferentes pronunciamientos que ha esgrimido la Corte.

> (…) Se trata pues, de una 'especial relación de sujeción', entre los reclusos y el Estado, de la cual surgen verdaderos deberes jurídicos positivos en cabeza de éste. En criterio de la Corte, tales deberes se encuentran estrechamente ligados a la garantía de la funcionalidad del sistema penal, que viene dada por la posibilidad real de la resocialización de los reclusos, a partir del aislamiento en condiciones cualificadas de seguridad y de existencia vital de la población carcelaria. Deberes positivos de cuyo cumplimiento depende la legitimidad del sistema penal y, ante cuya inadvertencia, este último resulta convertido en una mera sombra de los valores y principios propios del Estado social de derecho (T-274 de 2008, párrafo 4,1).

De ahí que la construcción de la resocialización como un derecho fundamental parte del artículo 94 de la Constitución Política[60] convirtiéndose en un derecho innominado que materializa los valores que el Estado Democrático y Social de Derecho pretende proteger. Asimismo, su relación intrínseca con la dignidad humana obliga a que sea el principal eje sobre el cual orbita la ejecución de la pena. En este sentido, la resocialización gozaría de validez material ya que se deriva del mismo texto constitucional, de los tratados sobre derechos humanos que ha ratificado el Estado Colombiano y de la asignación de significados de principios de textura abierta que en el caso concreto, además, estaría perfeccionando uno de los fines de la pena precisando límites para llevar a buen término la violencia institucional sobre la que se cimienta la privación de la libertad (Bedoya Chavarriaga, 2019)

Al margen, se encuentran las dimensiones que la Corte Constitucional (A- 121 de 2018) ha establecido para construir el derecho a la resocialización, también denominadas como mínimos constitucionales que legitiman su funcionamiento en el sistema penitenciario y carcelario colombiano, estos se explican a continuación:

- ***Autonomía y voluntad del recluso:*** la intervención a través de los diferentes programas que se diseñen deben partir del consentimiento de la persona condenada. Lo anterior faculta a que el Estado pueda ofertar un tratamiento penitenciario que se adecue a sus necesidades e intereses. La autonomía y voluntad se convierten en un requisito de validez que activa este fin de la pena.

[60] Artículo 4. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos

- ***Conservación de lazos familiares y personales:*** el aislamiento que conlleva estar recluido en una prisión no debe involucrar la perdida de contacto con sus familiares y allegados. En este sentido, debe promoverse que sus vínculos afectivos puedan mantenerse y fortalecerse de modo que conduzcan a una motivación de vida fuera de la prisión y de construcción de proyectos de vida.
- ***Oferta de programas educativos y laborales:*** los programas que se diseñen deben, en realidad, afianzar habilidades, conocimientos y destrezas que le permitan insertarse en el mercado laboral. En la misma línea, estos cursos deben compatibilizarse con las necesidades del mercado laboral para que una vez recobrada la libertad pueda encontrar un empleo u oficio que le permita asegurar recursos económicos para sus necesidades básicas en condiciones de vida digna. Al mismo tiempo, no solo deben limitarse a programas educativos o laborales sino también incluir otro tipo de actividades lúdicas y recreativas.
- ***Disponibilidad de funcionarios:*** los procesos de reintegración social deben estar acompañados por personal cualificado que de manera permanente hará seguimiento al avance del recluso. Además, atenderán las necesidad concretas que surjan durante el tiempo de tratamiento penitenciario
- ***Infraestructura para resocialización:*** las cárceles deben brindar espacios adecuados para ejecutar los diversos programas y cursos que son ofertados. Estos locales deben contar con *acceso a servicios públicos, buenas condiciones de alojamiento, alimentación balanceada, servicios sanitarios etc.* (A- 121 de 2018).

2.3 Resocialización como límite de la pena en contextos de diversidad sociocultural

El indígena en prisión es el resultado de distintos caminos institucionales mediante los cuales la JEI o la jurisdicción ordinaria aplican los discursos y planteamientos punitivos que responden a las conductas que ponen en riesgo o en efecto alteran la armonía en comunidad. Justamente Ariza y Zambrano (2012) analizan las rutas del encarcelamiento indígena en prisiones estatales, encontrando que existen, al menos, cuatro que se sintetizan de la siguiente forma.

La primera de ellas denominada invisible porque no toma en consideración la pertenencia étnica del sujeto sometido al régimen ordinario, ni durante su proceso penal, ni en sede de ejecución de penas. La segunda calificada como jurisdiccional porque a

pesar de reconocer su pertenencia étnica, su proceso responde a conceptos de inimputabilidad y fuero indígena soslayando la cosmovisión de justicia que un determinado pueblo indígena ostenta. La tercera llamada renuncia porque el sujeto indígena de manera voluntaria se somete a la jurisdicción penal ordinaria. La cuarta catalogada como indígena porque la JEI prevé dentro de sus castigos la posibilidad de que el sujeto sea condenado a pena privativa de la libertad y que esta se cumpla en una prisión estatal[61].

Esta clasificación que realizaron los autores citados responde a una hipótesis que plantea cómo desde el discurso punitivo del Estado se han fijado derroteros jurídicos que conllevan al menoscabo de la autonomía jurisdiccional indígena en un contexto multicultural y las repercusiones en la identidad indígena, asimilándolos o degradándolos. En oposición, se encontraría un quinto escenario donde el principio de la maximización de la autonomía jurisdiccional indígena se ve reconocido y esto es cuando las autoridades jurisdiccionales de un pueblo indígena se encargan de la totalidad de la ejecución de la pena en su propio territorio.

Partiendo de lo anterior, el sujeto indígena sometido a castigo de privación de la libertad en prisiones estatales representa un mayor desafío al ya presionado sistema penitenciario y carcelario al tratar de garantizar el reconocimiento y preservación de su diversidad étnica. Además, ha de tenerse en cuenta que la ejecución de la pena intramural también puede realizarse en los centros de reclusión que los pueblos indígenas han venido edificando como una expresión de su autonomía contenida en la cláusula constitucional 246. De esta forma, los indígenas privados de la libertad pueden encontrarse en prisiones estatales o en centros de reclusión creados y administrados por las propias autoridades tradicionales. Ciertamente, sea la jurisdicción ordinaria, previa concesión del conflicto de competencias, la que impuso el castigo o bien sea la JEI la encargada de juzgar y sancionar, la privación de la libertad, en sede de ejecución, debería obedecer a justificantes que apuntan a la reintegración cultural del sujeto a la comunidad.

---

[61] La sentencia T-239 de 2002 resolvió el reclamo de un indígena del Resguardo de Cristianía Jardín, Antioquia, quién alegaba vulnerado su derecho al debido proceso ya que las autoridades de su comunidad habían decidido que la pena privativa de 15 años a la que fue condenado debía cumplirse en la prisión estatal. En este caso, la Corte encuentra que en ejercicio de su autonomía respaldado por el artículo 246 de la Constitución Política y ante la ausencia de un reclusorio en el territorio del resguardo es perfectamente legitimo que este tipo de situaciones se presente y, por ende, las instituciones carcelarias estatales deben cumplir con el deber de recepción atendiendo el carácter de jueces de los pueblos indígenas.

2.3.1 Resocialización étnicamente diferenciada

La privación de la libertad como sanción proveniente de los pueblos indígenas en desarrollo de su JEI puede obedecer a factores de colonialismo jurídico interno a través de la adopción de nociones del derecho penal liberal al derecho propio y a la atrofia institucional indígena en oposición a la hipertrofia institucional estatal (Ariza & Zambrano, 2012). Reflejando y forjando parámetros de peligrosidad propios del derecho penal liberal que impactan negativamente la identidad del indígena transgresor de la vida en comunidad (Ariza & Zambrano, 2012).

Esta realidad penitenciaria, ha sido abordada por la Corte Constitucional en su sentencia T-208 de 2015[62] donde se analiza el escenario de indígenas condenados por las autoridades judiciales de sus respectivos pueblos y que han sido enviados a la prisión estatal como parte de su castigo. Además, el *quantum* punitivo de las condenas a las que fueron sometidos los casos examinados representa dificultades para su efectiva reintegración en la sociedad. El análisis constitucional parte por entender que hay tensiones en, al menos, cuatro derechos. La identidad cultural, el debido proceso, la resocialización y el derecho colectivo a la administración de justicia de las comunidades indígenas. Anteriormente, el Tribunal Constitucional ya se había pronunciado a través de la sentencia T-921 de 2013[63] que otorgó la protección a la identidad cultural de los indígenas privados de la libertad en prisiones estatales permitiendo que los miembros de comunidades indígenas acusados o condenados por la justicia ordinaria pudieran privarse de la libertad en sus resguardos respectivos, siempre y cuando existiera la voluntad y capacidad de las autoridades tradicionales. Ambas decisiones cuentan en sus análisis con la dimensión de la resocialización en contextos de diversidad cultural.

El aporte de la sentencia T-921 de 2013 respecto a la resocialización con enfoque diferencial étnico se basa en la posibilidad de que los miembros indígenas acusados o

[62] Un grupo de indígenas recluidos en el establecimiento de reclusión de Popayán interpusieron acción de tutela por considerar violados sus derechos a la vida digna, a la integridad física y a la diversidad étnica. Fueron condenados por las autoridades tradicionales de las comunidades a las que pertenecen a cumplir su condena en una prisión del Estado. Durante su permanencia en prisión han sido discriminados y agredidos físicamente por otras personas privadas de la libertad. Los años de condena comienzan en 20 años, llegando incluso uno de ellos a 60 años de prisión. Además, alegaron que no cuentan con mecanismos de redención de pena que permita reducir el monto de años de condena.

[63] La acción de tutela se genera contra el Consejo Superior de la Judicatura por dirimir un conflicto de competencias a favor de la jurisdicción ordinaria. Los hechos que produjeron tal decisión obedecen a que un miembro del Resguardo indígena San Lorenzo fue imputado de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado por parte de la Fiscalía General de la Nación ante un Juez de Control de Garantías desconociendo las circunstancias del caso en la que aparentemente existía consentimiento de la menor para sostener la relación sentimental.

condenados por la jurisdicción ordinaria puedan ejecutar la medida de aseguramiento de detención preventiva o la condena en el territorio de la comunidad a la que pertenecen. esta decisión tiene como principal argumento los efectos negativos que la prisión del Estado ocasiona en los indígenas recluidos ocasionando la pérdida de su identidad cultural. Para ello, delimita las siguientes reglas: a) compromiso de la autoridad de la comunidad indígena para custodiar al indígena acusado o condenado; b) el juez junto con la autoridad penitenciaria verificaran que las instalaciones donde permanecerá el indígena acusado o condenado cuente con condiciones mínima del vida digna y de seguridad; c) el INPEC realizará visitas periódicas para constatar que el indígena acusado o condenado se encuentre efectivamente privado de su libertad. De esta forma, se otorga un tratamiento especial al presunto o condenado indígena infractor.

Por su parte, la sentencia T-208 de 2015, intenta encontrar un balance entre la resocialización y la autonomía de la JEI, insertando el término de *resocialización étnicamente diferenciada*, y puntualizando lo siguiente:

> La importancia constitucional que tiene la finalidad resocializadora de las penas privativas de la libertad, su estrecha relación con el principio de dignidad humana, y con el Estado Social de Derecho, hacen que opere como un **límite al ejercicio de la jurisdicción especial indígena**. Por lo tanto, la facultad que tienen las autoridades indígenas para imponer penas privativas de la libertad y para definir las condiciones de modo, tiempo y lugar de su ejecución **dependen de que en cada etapa se garantice la finalidad resocializadora de la pena**. Este límite lleva a la necesidad de armonizar el amplio margen de autonomía que tienen las autoridades para imponer y ejecutar las penas de conformidad con su cultura, con la finalidad de garantizar que se cumpla la función resocializadora de la pena. La armonización concreta impide que se sacrifiquen innecesariamente la autonomía de las autoridades indígenas o el deber resocializador del Estado. Así, si bien las autoridades indígenas gozan de un amplio margen de discrecionalidad en la imposición de las penas, y en la manera como deciden que dichas penas se ejecuten, **tienen el deber de proveer los medios necesarios para permitirles la resocialización a los indígenas que cumplan penas en el sistema carcelario ordinario**. (negrillas fuera de texto) (T-208 de 2015, párrafo 38)

De la decisión comentada, se desprende un deber para las autoridades indígenas de procurar los medios culturales necesarios para que los miembros de comunidades indígenas privados de la libertad en prisiones estatales puedan, una vez, cumplida su sentencia de condena, retornar a sus territorios de conformidad con los usos y costumbres garantizando la identidad cultural. Con este mandato, se trata de evitar su desocialización dadas las condiciones de vida y de prisonización que suelen ocurrir en estos espacios. De la lectura de la decisión judicial, pareciera que este límite se refiere a la segunda y cuarta ruta de ingreso del indígena a la prisión estatal, señalada líneas precedentes, dado los hechos que generaron la decisión, más no es claro si también es oponible en el escenario cinco aunque la subregla no es restrictiva por lo que es plausible afirmar que si es un límite para los centros de armonización[64].

Lo cierto es que la Corte Constitucional es prudente al afirmar que el contenido de la resocialización solo puede ser completado desde la cosmovisión de los pueblos indígenas ya que son los únicos que pueden definir con certeza qué valores de su cultura deben reforzarse. Adicionalmente, contribuye a maximizar su autonomía jurisdiccional, evitando debilitar su ejercicio.

En consecuencia, la resocialización conforme al marco constitucional actual se convierte en un límite de la facultad sancionatoria de las comunidades indígenas. Por ende, sus penas y/o sanciones deben responder al contenido del derecho fundamental de reintegración social sumando los componentes culturales que se requieran para que el proceso en contextos de diversidad étnica pueda cumplirse. De esta forma, el alcance y contenido de la resocialización que tradicionalmente se ha entendido para el derecho penal de la jurisdicción ordinaria debe interpretarse de manera diferente atendiendo el contexto pluricultural en que se aplica pero sin eliminar su característica de límite del poder punitivo.

Ahora bien, ¿por qué la Corte Constitucional considera que la resocialización es un límite a la JEI? Esta respuesta parte de dos derechos fundamentales en su dimensión

[64] "La Corte Constitucional respecto a la privación de la libertad de miembros de comunidades indígenas al interior de sus territorios, es enfática en señalar que los establecimientos de reclusión creados por comunidades indígenas, independientemente de la autonomía de la cual gozan, deben ajustarse a unos mínimos señalados para la población carcelaria que está en centros penitenciarios ordinarios, los cuales consisten en la posibilidad de redimir la pena por estudio, trabajo o enseñanza, además de la garantía de que las solicitudes que deban ser resueltas por los jueces o por otras entidades estatales, puedan ser enviadas y reciban la respectiva respuesta oportunamente. En ese sentido al interior de los cabildos mediante la ya´ja jurídica se ha propendido por garantizar ese derecho en aras de responder a tales exigencias y con el objetivo de visibilizar el compromiso y el respeto por los derechos de esta población" (Ariza, Ariza, & Díaz, 2016, pág. 114).

individual, la identidad cultural y el debido proceso. En primer lugar, se ha reiterado que al miembro de la comunidad indígena individualmente considerado se le debe respetar sus costumbres, valores culturales y perspectivas de vida que se han forjado a partir de ese proceso dialógico de la vida en comunidad que es diversa al de la sociedad mayoritaria. Su ingreso a la prisión estatal lo introduce no solo a las condiciones complejas de orden interno que se suscitan allí sino también a la eventual adopción de creencias, formas de pensar y significados que ocasionaría la erosión de su identidad y, por ende, el fin loable de la resocialización bajo el cual funcionan las cárceles estatales se convertiría en un enemigo de la preservación cultural y de la autodeterminación conforme a la cosmovisión propia (T-921 de 2013). En el mismo sentido, el Estado, basado en su carácter pluralista, tiene el deber de proteger a la JEI ya que a través de este ejercicio de justicia se favorece la protección de la diversidad cultural consolidando los elementos democráticos bajo los cuales está cimentado. No obstante, el Tribunal Constitucional es enfático en afirmar que cuando ello no ocurra así, se minimiza ese deber de protección. Como cuando “la pena no la están imponiendo las autoridades de dicho pueblo o comunidad, o cuando la imposición de una pena lleva a la pérdida de la cultura de un miembro de la comunidad” (T-208-2015, párrafo 15).

A pesar de ello, encuentra válido constitucionalmente y no contrario a la diversidad cultural la reclusión de miembros de pueblos indígenas en prisiones estatales, separándolos de su entorno cultural. Particularmente en los casos en que la sanción proviene de la misma autoridad tradicional en aplicación del derecho propio. No obstante, se delimitan condiciones bajo las cuales puede usarse este mecanismo por parte de la JEI. Como principio general, se entiende que las sanciones impuestas en el marco de la JEI deben cumplirse en los respectivos territorios de las comunidades; pero atendiendo a situaciones de preservación de la diversidad cultural de la comunidad o para la protección de bienes jurídicos de mayor envergadura pueden ser entregados a la autoridad nacional penitenciaria. Lo anterior, debe ocurrir de manera excepcional y solo para casos que por su nivel de complejidad requieren de este tipo de medidas. En consecuencia, las reglas que desarrollan el principio preceptúan que se puede separar del territorio para 1) “preservar la vida y la integridad física de las autoridades o de la comunidad general”; 2) “debido a la falta de desarrollo institucional de los pueblos indígenas”; y 3) “con el fin de evitar un linchamiento al condenado” (T-208 de 2015, párrafo 24).

En segundo lugar, se encuentra el debido proceso como un límite a la autonomía jurisdiccional de las comunidades indígenas. Teniendo en cuenta el precedente

jurisprudencial[65] sobre proporcionalidad y razonabilidad de las penas se ha establecido que las autoridades tradicionales indígenas deben imponer sanciones acatando estos principios de derecho penal cuya base se encuentra en la Constitución Política, evitando penas que trasciendan a la persona del infractor, que impliquen el cercenamiento cultural que afectan el mínimo vital o que supongan su imposibilidad de redención (T-349 de 1996, T-523 de 1997, T-510 de 2020). Ya se ha indicado que se deben prever mecanismos de redención de la pena como parte del fin de resocialización que buscaría, en este contexto cultural, la reconciliación del infractor con la comunidad desechando un fin netamente retributivo.

En el derecho penal liberal estos mecanismos de redención de pena hacen parte del contenido de la resocialización porque promueven las expectativas de la persona condenada de recobrar su libertad, evitan la prolongación injustificada del tratamiento penitenciario y permite que la pena privativa de la libertad se cumpla en el marco de la dignidad humana (sentencia derecho redención).

Pese a ello, en un contexto de diversidad étnica las posibilidades de redención de la pena dependen exclusivamente de las finalidades que se persiga con la pena. Por ejemplo, en los casos analizados en la sentencia T-208 de 2015 de indígenas privados de la libertad cuya pertenencia étnica corresponde a resguardos del Cauca, la Corte encontró que la finalidad de la pena es reparadora ya que busca “restablecer el equilibrio y la armonía, tanto de la comunidad y de la víctima, como del indígena sancionado” (párrafo 42). No necesariamente la pena comprenderá mecanismos de redención ya que se identificaron dos tipos de sistemas de penas, las penas abiertas y cerradas. Sobre las abiertas no hay mucho por señalar ya que permiten que esa finalidad reparadora sea llevada a cabo en corto tiempo y en regímenes más abiertos.

La tensión se identifica más en los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas que comprenden penas cerradas, es decir, sin posibilidades de redención y que deben ser cumplidas en las prisiones estatales. En una aparente y confusa contradicción de la Corte Constitucional en la sentencia T-208 de 2015[66], se flexibilizan los principios de

[65] Corte Constitucional, sentencias T-523 de 1997; T-349 de 1996, T-048 de 2002, entre otras.

[66] “Para la Corte la imposición de la pena no supone reparo alguno, y las autoridades del resguardo tienen amplia autonomía para determinar el quantum de la pena de acuerdo con los criterios que ellos mismos determinen. Por otra parte, tampoco tiene la Corte ningún reparo en relación con la imposición de penas cerradas que no contemplen la posibilidad de redención, siempre y cuando la sanción sea razonable y proporcionada. La imposición de una pena que no esté sujeta a redención por parte de las autoridades

proporcionalidad y razonabilidad, maximiza el principio de autonomía jurisdiccional, y prevé la posibilidad de imponer penas cerradas sin incorporar mecanismos de redención a pesar de que estos conforman el núcleo de la resocialización. Es suficiente con que las autoridades jurisdiccionales indígenas en la evaluación de la imposición de una pena conforme al derecho propio analicen que será razonable y proporcional de modo que atienda el objetivo de resocialización o reparación excluyendo objetivos netamente vengativos y de causación del dolor.

Con base en la sentencia T-208 de 2015, Ariza, Ariza y Díaz (2016) han propuesto un modelo de ejecución de la pena privativa de la libertad para miembros de pueblos indígenas en prisiones estatales. Los principios orientadores respecto a la autoridades tradicionales se concentran en dos. En primer lugar, la maximización de la autonomía jurisdiccional de los pueblos indígenas y, en segundo lugar, la responsabilidad y participación. Por su parte, los principios orientadores del indígena infractor se sitúan entre protección a la diferencia, fomento de la identidad étnica y culturalmente diferenciada y protección del sujeto frente al poder punitivo. Plantean tres modelos en los que debe existir coordinación entre las autoridades penitenciarias, judiciales y los pueblos indígenas. Están encaminados a determinar responsabilidades en la definición de tratamiento penitenciario intercultural, la custodia y vigilancia y la decisión sobre medidas sustitutivas de la prisión, beneficios administrativos y ejecución de pena.

Adicionalmente, Ariza, Ariza y Díaz (2016) desde la experiencia con los centros de armonización de los pueblos indígenas del norte del Cauca formulan criterios que fungirían como modelo para la estructuración y consolidación de los espacios de sanación, reflexión y armonización integral donde se lleva a cabo las sanciones propias. Para empezar, están los criterios interculturales jurisdiccionales[67] que se construyen en un diálogo interno y externo para determinar las características que se derivan de las prácticas culturales usos y costumbres que además deberán incorporar una interpretación intercultural de los límites que se ha delimitado desde la Constitución Política. Luego, se ubican los criterios propios y esenciales que son aquellos principios

que ejercen la jurisdicción especial indígena es perfectamente posible dentro de nuestro sistema constitucional".

[67] Ariza, Ariza y Díaz (2016) explican que los criterios interculturales jurisdiccionales se sintetizan de la siguiente manera: 1. Constitución Política de Colombia y Mandatos Indígenas de los planes de vida. 2. Principios de derecho propio y Ley Mayor. 3. Sistema jurídico Nasa y sistema jurídico nacional. 4. Procedimientos propios y del sistema jurídico nacional. 5. Coordinación interinstitucional para el acompañamiento y seguimiento de armonizados. 6. La asamblea indígena de cada Cabildo como máxima autoridad en materia de justicia indígena. 7. Los castigos y remedios propios acompañados por las respectivas autoridades espirituales

que orientan su identidad cultural y su relación con el territorio y naturaleza[68]. Finalmente, se encuentran los criterios legales y constitucionales sobre los cuales se ha identificado el alcance y límite de la autonomía jurisdiccional de los pueblos indígenas.

[68] Ariza, Ariza y Díaz (2016) resumen los criterios propios y esenciales de la siguiente forma: 1. Asamblea máxima autoridad. 2. Acompañamiento espiritual permanente de un mayor o autoridad en los espacios de armonización. 3. Un lugar ceremonial dentro o cerca del espacio de armonización, con su respectiva huerta medicinal. 4. Una finca dentro del territorio de mínimo 4 hectáreas para realizar las labores agrícolas. 5. Un lugar para reuniones comunitarias y de capacitación. 6. Un equipo de apoyo coordinado y supervisado por el Cabildo gobernador. 7. Un plan de actividades de trabajo y de formación. 8. Guardia indígena. 9. Realización de labores externas e internas con la comunidad o resguardo. 10. Salidas y vistas a la familia. 11. Procesos de armonización individual. 12. Intercambio con otros centros o espacios de armonización. 13. Pautas de convivencia del espacio de armonización construidas de manera participativa.

Capítulo 3. Emancipación de la justicia indígena: relación intercultural de la resocialización

La influencia que ha ejercido el derecho penal liberal sobre los contenidos y formas de castigo de las comunidades indígenas ha ocasionado que estas respondan con la adopción de dispositivos de castigo como es la prisión (Ariza & Iturralde, 2021). Su utilización puede obedecer a múltiples factores que han contaminado su concepción sobre como resolver conflictos, entre los que se encuentra, la debilidad institucional para ocuparse de conductas que transgreden seriamente los valores y armonía en la comunidad (Ariza & Zambrano, 2012)

Frente a este escenario, la Corte Constitucional construyó el concepto de la resocialización étnicamente diferenciada, en donde, como se vio en el segundo capítulo se edifica a partir de las elaboraciones teóricas del derecho penal liberal dada su estrecha relación con la dignidad humana de las personas condenadas. Si bien se reconoce las facultades jurisdiccionales con las que cuentan los pueblos indígenas, su labor en este aspecto se limita a complementar los programas de tratamiento penitenciario ofertados a los indígenas que permanecen en prisiones estatales, con ocasión de una sanción de su propia comunidad, para que incluyan un enfoque diferencial étnico en la preservación de su identidad cultural.

No obstante, las finalidades de la sanción propia y del ejercicio jurisdiccional de los pueblos indígenas se han basado en los valores colectivos, y los conflictos suscitados se convierten en una ventana de oportunidad para reafirmarlos mediante la cohesión social (Gómez Valencia, 2015). De esta forma, a pesar los retos que los pueblos indígenas deben absolver para fortalecer su JEI, se recalca que su noción de justicia tiene ideales diferente a los del derecho estatal (Gómez Valencia, 2015). Un ejemplo,

de la evolución de la sanción propia y de los objetivos que debe perseguir lo constituyen los centros de armonización (Ariza, Ariza, & Díaz, 2016).

En este sentido, en el presente capítulo se hará una aproximación al Resguardo Indígena San Lorenzo del pueblo Embera Chamí con el objetivo de comprender la aplicación de los mecanismos de castigo que utilizan para sancionar a los comuneros que han incurrido en faltas. Luego se hablará sobre la relación de interculturalidad que debe mediar para edificar un concepto igualitario de resocialización étnicamente diferenciada que fortalezca un pluralismo jurídico emancipador.

3.1 Sanción propia. Aproximación al Resguardo Indígena San Lorenzo

Para los sistemas jurídicos de las comunidades indígenas ha resultado complejo la categorización y organización de normas penales, en particular las relacionadas con el castigo (Rappaport, 2003). El reconocimiento de sus derechos en la Constitución Política trajo consigo la necesidad de adecuar sus usos y costumbres conforme a las cláusulas constitucionales, en especial, los derechos individuales. Más aún, porque ha existido una suerte de exigencia de que los procedimientos de investigar, juzgar, sancionar y ejecutar se encuentren respaldados por una codificación escrita similar a los códigos penales del Estado colombiano, transgrediendo la tradición oral que muchos pueblos aún mantienen (Gómez Valencia, 2015).

Al respecto, Rappaport (2003) explica que, desde la consagración de la Constitución Política de 1991, los pueblos indígenas debieron comenzar todo un proceso de asumir el control del sistema penal[69]. Anterior a ello, las funciones jurisdiccionales estaban limitadas a las disputas de tenencia de la tierra y los casos que se configuraban como delitos simplemente eran remitidos al sistema de justicia nacional para que fueran tratados. Esto, según la autora puso en desventaja a los pueblos indígenas ya que no contaban con la pericia de poder dar una solución a casos más complejos que estuviera concebida desde la identidad cultural, usos y costumbres, por lo que los avocó a un

[69] Gómez Valencia (2015) explica que “el reconocimiento de la JEI, les ha posibilitados iniciar un proceso, no exento de tensiones, de recuperación, recomposición y resignificación de sus sentidos y prácticas ancestrales de justicia que habían desaparecido o perdido vigencia como consecuencia de su carácter subordinado a la ley nacional escrita que los había limitado al ejercicio de una “justicia” de control y autoregulación de las pequeñas causas (faltas leves) intracomunitarias.” (pág. 117)

ejercicio de construcción en el que por supuesto, las categorías penales del derecho liberal tienen una fuerte influencia.

En consecuencia, con el derecho propio[70] se ha observado que la exposición de los pueblos indígenas colombianos a factores exógenos en cada una de las fases históricas de construcción de políticas indígenas, a saber, la Conquista, la Colonia, la República y multiculturalismo dio como resultado la recepción jurídica[71], categoría de análisis empleada por Gómez Valencia (2015) para comprender las actuales prácticas de los diversos pueblos presentes en Colombia. Si bien, se reconoce que las comunidades indígenas han recurrido a un ejercicio emancipatorio que implica la recuperación y adaptación de normas de acuerdo con sus valores asociados, es cierto que muchas de aquellas guardan rasgos distintivos del derecho liberal occidental que ha sido el trasplante jurídico utilizado por Colombia[72].

Los conflictos que se originan por las conductas que atentan contra la armonía suele estar inmersos en la inevitable relación interjurisdiccional entre los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas y el sistema jurídico nacional ha conllevado a transformaciones culturales que impactan de manera directa la identidad punitiva indígena. El relativismo sobre la cual suele transitar se estructura a partir de las imposiciones jurídicas que históricamente se han arraigado como consecuencia de las asimetrías en las relaciones de poder (Walsh, 2012; Robles Zamarripa, 2020). A esto, se suma la lucha y emancipación que se ha emprendido por los pueblos indígenas que ha contribuido también a reconvertir y dotar de elementos la función de castigar en el marco de su derecho propio (Ariza, Ariza, & Díaz, 2016). Así, el hecho de que en la actualidad se

[70] No se puede dejar de mencionar que la heterogeniedad es una de las características de las comunidades indígenas por lo que las generalizaciones apresuradas y sin mayor fundamento pueden ser un obstáculo de entendimiento de las justicias practicadas por estos. Cada pueblo tiene sus fundamentaciones, valores y principios sobre los cuales edifica su organización política, económica, social y jurídica. Por lo que no se puede equiparar o unificar componentes de control social para la totalidad de los sistemas jurídicos étnicos de los 115 pueblos existentes en Colombia, los cuales están más desarrollados en algunas comunidades. Sin embargo, pueden encontrarse elementos comunes que moldea la estructura de la administración de justicia que han venido desarrollando. La Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla (2011) ha planteado los siguientes. "1) disposiciones fundamentales (las llamadas leyes de origen), 2) disposiciones básicas que le corresponde (derecho propio), 3) relaciones consuetudinarias (usos y costumbres, 4) relaciones punitivas internas y externas (subsistemas de derecho de propiedad, matrimonio, deberes, tipos de castigo, etc.), 5) facultades derivadas de las disposiciones, 6) procedimientos y rituales derivados de las facultades (selección y elección de autoridades), 7)instituciones derivadas de los rituales, 8) normas que cumplir (orales), y 9) las costumbres que guardan disposiciones internas con las disposiciones fundamentales y básicas. (pág., 163)

[71] El autor manifiesta que hay una diversidad de reacciones étnicas que asimiló practicas provenientes de otros derechos. Estas son: rechazo, contestación, omisión, transformación, resistencia, apropiación y resignificación pág. 32.

[72] "Después de cuatro siglos de dominación europea, los usos y las costumbres locales en la esfera penal se atrofiaron a tal punto que tendrían que ser ajustados, e incluso, concebidos de nuevo, a la luz de la introducción de la jurisdicción especial indígena" (Rappaport, 2003, pág. 111)

utilice la privación de la libertad como mecanismo de sanción no necesariamente implica que se ha injertado en su integridad. Esta, a pesar de compartir ciertos elementos con el derecho penal liberal, tiene matices como consecuencia de la adaptación que se ha hecho a partir de los valores culturales propios. No obstante, no se puede negar que ha imperado una suerte de colonialismo jurídico sobre el contenido del castigo que no todas las veces coloca a las autoridades judiciales de las comunidades indígenas en una posición débil, sino que también ha contribuido al progreso de su derecho de la autonomía reconocido constitucionalmente (Ariza & Iturralde, 2021).

La privación de la libertad como mecanismo de sanción es utilizada por los denominados centros de armonización o resocialización (Ariza, Ariza, & Díaz, 2016). Con esto, no se quiere decir que los centros de armonización son prisiones indígenas ya que los primeros responden a un legado cultural y tradicional de la visión del mundo compartida en un escenario colectivo. Lo que se intenta explicar es qué elementos se comparten y difieren de una concepción occidental. Concretamente, en el tipo de correctivos que implican restricciones de movilidad y libertad de los miembros indígenas sancionados. De acuerdo con (Barona, Yilmar Eduardo, s.f.), el pueblo Nasa ha concebido los centros de armonización como espacios al interior de la comunidad que propician el reintegro de la persona a la vida comunitaria. En el caso del Resguardo San Lorenzo, el centro de resocialización, como le denominan, cumple la misma misión, recuperar espiritualmente los valores que se transgredieron con la conducta realizada (Gañan, 2021).

Esta función de restauración de las comunidades indígenas arriba señaladas, puede contrastarse con las explicaciones presentadas por Borja Jiménez (2009) quién en su análisis sobre el derecho penal indígena encuentra que las sanciones buscan reestablecer “el equilibrio de la vida social del grupo y alcanzar la paz rota por el comportamiento del autor”[73] (pág. 15) ya que el hecho transgresor ha supuesto una verdadera ruptura social de una comunidad no considerada abstractamente sino como un colectivo sobre el cual pesan derechos de identidad cultural. De igual forma, Borja Jiménez (2009) plantea que las privaciones de la libertad que se suelen utilizar no responden exclusivamente a una venganza o retribución por el mal causado. También, tienen una misión individual sobre quién cometió el delito de reflexionar sobre sus actos,

[73] En igual sentido, de la revisión punitiva que ha hecho Ávila Ordoñez (2013) ha podido concluir que “la diferencia del sistema penal occidental, consiste en reintegrar a la comunidad a la persona acusada de un delito, reparar el daño causado mediando entre las partes afectadas y restablecer la paz y la armonía de la comunidad” (pág. 956)

quién, además, atendiendo a la gravedad del hecho podrá, durante la ejecución de su sanción, moverse libremente dentro de ciertos límites territoriales lo que sin duda no corresponde a un aislamiento social total como si ocurre en las prisiones estatales.

Por otro lado, no se puede dejar de lado las características del sistema de justicia indígena que también han sido parte de la fundamentación para el establecimiento de la privación de la libertad como mecanismo de castigo y que hace que posea atributos disímiles con su concepción occidental. Rodríguez (2017), siguiendo a Pacari describe que “la justicia indígena es de carácter público y colectivo, funciona con otra lógica y parte de una filosofía interrelacionada entre hombre-naturaleza-sociedad, considerada indivisible y que forma parte de un todo” (pág. 39). Continua la autora en referencia afirmando que las instituciones y autoridades encargadas de la resolución de conflictos suelen estar concebidas desde las practicas tradicionales y espirituales que no son equiparables a la burocracia existente en el sistema de justicia nacional. Pues indica que su función se encuentra centrada en el mantenimiento de la cohesión social y el diálogo.

La anterior perspectiva también es compartida por Dlestikova (2020) que especifica que la justicia indígena es el resultado de un conjunto de componentes cuyos significados culturales representan una noción de restablecimiento de armonía en comunidad incorporando diversas medidas espirituales, restaurativas y sancionatorias. Frente a la pretensión restauradora y, tratándose de faltas graves que podrían convalidarse con delitos del derecho penal liberal, afirma la autora que buscan la conciliación del infractor con la víctima y la comunidad cuyo soporte es el diálogo, la deliberación y reflexión. De este modo, el derecho propio en lo que se refiere a la sanción penal toma distintos referentes tanto de la sociedad mayoritaria como de la cosmovisión de cada pueblo indígena.

3.1.1 Precisiones metodológicas

Diversos estudios jurídicos desde la antropología y sociología han intentado comprender la dinámica del derecho propio[74]. Analizan los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas atendiendo a la diversidad de principios, fundamentos y cosmovisiones. Al mismo tiempo que observan su relacionamiento con el sistema de

[74] Se pueden ver los estudios de: Carlos César Perafán (1995) (2000); Roldán Roque (2000); Gómez Valencia (2015)

justicia ordinario. Sin duda alguna, brindan conocimiento sobre la forma en que los pueblos indígenas han venido desarrollando la función jurisdiccional desde el reconocimiento formal y jurídico de su justicia. Para Assies (2001) el estudio del subcampo jurídico semiautónomo[75], en este caso, de normas, administración de justicia y utilización de violencia legítima a cargo de la jurisdicción especial indígena debe realizarse desde una perspectiva sistémica, la cual implica un estudio de los referentes de autonomía e independencia del sistema de justicia indígena, así como su relacionamiento (interseccionalidad y disputa) con el sistema ordinario u otros subcampos.

Según afirma Assies, el análisis de las categorías jurídicas que conforman la jurisdicción especial indígena debe evitar el empleo de "categorías de derecho positivo occidental" con el fin de impedir el "colonialismo conceptual", perder el "punto de vista nativo" y no lograr identificar la transformación y dominación del derecho a las prácticas y saberes indígenas, si es que ella ha ocurrido (Assies, 2001, pág. 86).

Cabe señalar que las anteriores afirmaciones cuentan con total correspondencia frente al problema de investigación que se aborda. Justamente de lo que se trata es de observar las prácticas punitivas de los pueblos indígenas, su transformación y emancipación. Más aún cuando se ha categorizado un concepto de hibridez del castigo de los pueblos indígenas en Colombia en donde se conjugan diversos rasgos y preceptos del derecho penal liberal y del derecho propio (Ariza & Iturralde, 2021). En esta ocasión, con el objetivo de comprender la aplicación de los mecanismos de castigo y su ejecución, se elige acudir a una de las comunidades indígenas que ha ejercido su potestad jurisdiccional en materia penal. Se seleccionó el Resguardo indígena San Lorenzo de pueblo Embera Chamí. Para ello, se tuvieron en cuenta tres criterios. El primero que exista un ejercicio real de la JEI, el segundo que haya sido actor en una controversia jurídica defendiendo su autonomía indígena; y, finalmente, que cuente con espacios para llevar a cabo la ejecución de la sanción propia.

Así, el Resguardo mencionado reúne los tres requisitos. Sobre los dos últimos, vale la pena señalar que fueron los actores de la acción de tutela que dio como resultado la

[75] El autor siguiendo la postulación teórica de Boaventura de Sousa Santos entiende que el derecho está integrado por tres elementos: la retórica, la burocracia y la violencia lo que lo constituye un campo global no homogéneo compuesto por subcampos semiautónomos y con porosidades. En este sentido, para el autor, el derecho indígena sería uno de esos subcampos que disfruta de cierta autonomía y que igualmente utiliza los tres elementos del derecho.

sentencia T-921 de 2013 que justamente permite que los indígenas privados de la libertad por jurisdicción ordinaria puedan cumplir la medida de aseguramiento o condena en los territorios de su resguardo. Frente a los espacios para la ejecución de la sanción propia, esta comunidad construyó a inicios del siglo XXI un centro de resocialización cuya arquitectura es una casa con múltiples habitaciones y algunos elementos de seguridad. Teniendo presente ello, cuentan con un ejercicio de derecho propio en materia penal desde hace varios años, por lo que su experiencia resulta idónea para abordar la ejecución de la sanción, con especial énfasis en la finalidad resocializadora.

De esta forma, siguiendo las recomendaciones que formula Assies (2001), la aproximación que se hace al estudio de caso del Resguardo indígena San Lorenzo del pueblo Embera Chamí parte por reconstruirse desde los relatos orales y escritos que han edificado para dar a conocer sus pensamientos, cosmovisión, saberes, mitos fundacionales y demás que ofrecen una comprensión genuina de su cultura; sin que medie interpretaciones de académicos occidentales. Es por ello, que se desarrolló una entrevista semi estructurada al exgobernador indígena Arbey Gañan que actualmente se desempeña en el rol de coordinador de la Consejería de Derechos del CRIDE del Consejo Regional indígena de Caldas y es representante comisionado por la región de macrooccidente ante la Mesa Permanente de Concertación Nacional.

También, se acudió al texto del Mayor José Silvio Tapasco Aricapa denominado “pervivencia del pueblo Embera de Riosucio Caldas”. A través del mencionado texto, el autor hace un relato del pasado y presente del Resguardo indígena San Lorenzo reflexionando sobre las dificultades que han debido sortear, los procesos emancipatorios que han afrontado y, los valores y principios que los identifica como comunidad. Allí, se encuentran la bases que conforman la vida del Resguardo indígena San Lorenzo, como es el plan de vida, que definitivamente orientan todas las actuaciones referentes a materia penal.

En consecuencia, el enfoque para analizar la ejecución del castigo en pueblos indígenas parte por entender las racionalidades culturalmente diferenciadas que desde las autoridades tradicionales se implementan. Teniendo como eje las tensiones entre derechos individuales e identidad cultural colectiva que comúnmente se presentan ante la imposición de un dispositivo de castigo. En este sentido, para el desarrollo de la entrevista concurrieron tres categorías de análisis.

La primera de derecho propio e interculturalidad que indaga sobre las influencias que han tenido en la edificación y estructura de su sistema de justicia de acuerdo con el contexto social, político y cultural, además de los límites que se han impuesto por la Corte Constitucional, y la legitimidad interna y externa del ejercicio jurisdiccional. La segunda categoría se enfocó en la tipología y finalidad de las sanciones para entender que la prisión de la libertad no es la única de ellas y se utiliza como última medida. Dentro de esta categoría también se indagó por el funcionamiento del centro de resocialización. Finalmente, la tercera categoría, averigua acerca de los objetivos del proceso de armonización, el rol de la familia, víctima y comunidad, y la autocrítica del Resguardo indígena San Lorenzo sobre los retos y desafíos que aun persisten para encontrar una ejecución del castigo más relacionada con su cultura.

De esta manera, este estudio de caso permite generar un acercamiento sobre las prácticas punitivas que se llevan a cabo en el Resguardo ya comentado. En especial, sobre la relación, puntos en común y divergentes que se encuentran entre la resocialización entendida en el derecho penal liberal y en el derecho propio indígena. Lo cual, supone un aporte para la construcción de una resocialización intercultural que propicie un pluralismo jurídico emancipador.

3.1.2 Prácticas punitivas del Resguardo Indígena San Lorenzo

El Resguardo indígena de San Lorenzo, perteneciente al pueblo Embera Chami fue el accionante de la sentencia T-921 de 2013 en dónde se discutieron temas relacionados con debido proceso, juez natural, el papel del derecho penal ante las comunidades indígenas y la privación de la libertad de los indígenas en Colombia. Sentencia que resulta trascendental para el estudio y análisis de las sanciones propias que se imponen y ejecutan en el marco de las facultades jurisdiccionales de los pueblos indígenas contenida en la cláusula constitucional 246.

El pueblo Embera Chami, es uno de los 106 pueblos indígenas existentes en Colombia[76]. Se localizan en los departamentos de Antioquia, Caldas, Risaralda, Valle

[76] La ONIC reseña la existencia de 106 pueblos indígenas: Achagua, Ambaló, Amorúa, Andakies, Andoque Awá, Bará, Barasano, Barí, Betoye, Bora, Cañamomo, Carapana, Chimilas - Ette Eneka, Chiricoa, Cocama, Coyaima, Curripako, Desano, Dujo, Embera Chami, Embera Dobidá, Embera Eyabida – Embera, Katío, Eperara Siapidara, Guanaco, Guanadule - Tule – Cuna, Guane, Hitnü- Macaguán, Hupdë - Hupdah – Hupdu, Ijku – Arhuaco, Inga, Jiw – Guayabero, Judpa – Jujupda,,Juhup – Yuju, Kakua, Kamëntsa, Kankuamo, Karijona, Kawiyari, Kofán, Kogui, Kokonuco,,Koreguaje,,Kubeo, Letuama, Maibén Masiware – Podipodi, Makaguaje,,Makuna, Mapayerri, Matapí, Miraña, Misak, Mokana, Muina Murui, Muisca, Nasa, Nonuya, Nukak, Nutabe, Okaina, Pasto, Piapoco, Piaroa, Pijao, Piratapuyo, Pisamira, Polindara, Pubense,

del Cauca, Quindío y Caquetá, alrededor de los diferentes ríos y montañas que se ubican por dichos territorios (Organización Nacional Indígena de Colombia, 2021). Su población asciende a 77.714 habitantes (Departamento Administrativo Nacional de Estadística, 2019). Por su parte, el Resguardo indígena de San Lorenzo, tiene una población de 11.365 personas distribuidas en 21 comunidades que se asientan en los territorios del municipio de Riosucio, Caldas (Tapasco Aricapa, 2016).

Respecto al desarrollo de su justicia propia, es importante indicar que, para los pueblos indígenas, los planes de vida son la piedra angular que dirige su pervivencia y proyección. Tapasco Aricapa (2016) como Mayor de la comunidad de San Lorenzo ha reflexionado que el plan de vida "es el comienzo, es la escuela, es la dirección, donde todos somos profesores y alumnos, donde todos debemos caminar juntos, como herramienta que fortalece todos los procesos productivos, sociales, culturales y organizativos" (pág. 22). De ahí, se colige que es un instrumento donde plasman sus políticas de desarrollo como comunidad cultural étnicamente diferenciada para la defensa de los derechos de autogobierno y autodeterminación que les ha sido reconocidos. Al mismo tiempo, esta herramienta cumple una función de cohesión interna para la pervivencia de valores culturales y rituales espirituales sobre los cuales se edifica su identidad como grupo social. De esta forma, el plan de vida se convierte en el eje articulador de todas las actuaciones políticas, jurídicas y culturales de las comunidades indígenas. Ello quiere decir, que el desarrollo y construcción continua de la JEI, en su componente sancionador, debe observar el plan de vida (Gañan, 2021).

Igualmente, los objetivos del plan de vida del Resguardo indígena de San Lorenzo deben armonizarse con los lineamientos políticos de la nación Embera. De manera general, estos se dirigen a gestionar directrices desde el conocimiento propio para la conservación cultural, de identidad, valores, convivencia y bienestar social (Tapasco Aricapa, 2016). En particular, sobre las facultades jurisdiccionales de resolución de conflictos, su finalidad se centra en el fortalecimiento del gobierno y la justicia propia rescatando el respeto hacia los Mayores y procurando mecanismos de coordinación con el sistema jurídico nacional (Tapasco Aricapa, 2016, pág. 33).

Puinave, Quichua, Quillacinga, Quizgó, Sáliba, Sikuani, Siona, Taiwano-Eduria, Tama Dujo, Tanigua, Tanimuca, Tariano, Tatuyo, Tikuna, Totoró, Tsiripu, Tubú – Siriano, Tukano, Tuyuca, U'wa, Wamonae, Wanano, Wayuú, Wipijiwi – Waüpijiwi, Wiwa, Wounaan, Yagua, Yamalero, Yanakona – Yanakuna, Yarí, Yaruro, Yauna, Yeral, Yukpa, Yukuna, Yuri, Yuruti, Zenú (Organización Nacional Indígena de Colombia, 2021).

3.1.1.1 Derecho y sanción propia

Las prácticas y formas originarias de solucionar conflictos que han venido realizando a través de los años los pueblos indígenas y que se pueden categorizar como jurídicas desde una visión del derecho occidental obedecen a un ejercicio de control social que contribuye a la sostenibilidad cultural de estos grupos sociales. Sánchez Botero y Jaramillo Sierra (2000) al hablar de por qué la administración de justicia es un derecho de los pueblos indígenas explican que la transmisión de valores es crucial para su supervivencia; y, esta se realiza a partir de la socialización primaria y del control social. Entonces, el legítimo control social que estas comunidades practican posibilita que mediante la aplicación de normas orales o escritas se desarrollen valores culturales y corrijan desviaciones; preservando sus formas de organización, racionalidades, autonomía y, sobre todo, su continuidad como grupo social étnicamente diferenciado.

La manera cómo es completado este control social depende de la cosmovisión de cada pueblo, entendiendo la heterogeneidad de ideas y pensamientos que concurren. De hecho, suele emplearse la Ley de Origen[77], el Derecho Mayor o Derecho Propio, usos y costumbres, normas, instituciones, procedimientos e instancias (Organización Nacional Indígena de Colombia, 2007). Dentro de ello, existen un cúmulo de aspectos sobre los cuales se construyen las disposiciones que rigen en determinado territorio. Por ejemplo, el legado cultural que se compone tanto de la mitología como de la cosmovisión, las relaciones con la naturaleza que comprende la importancia del territorio y los recursos naturales, y los sistemas de parentesco (Organización Nacional Indígena de Colombia, 2007).

Sobre el sistema jurídico indígena que funciona en el pueblo Perafán Simmonds, Azcárate García, y Zea Sjoberg (2000) establecieron que se deriva de una dialéctica de doble naturaleza donde el control social es entendido desde el cosmos natural y humano. Por consiguiente, desde el enfoque humano existen unas reglas que al ser transgredidas suponen la imposición de una sanción o compensación, y, desde el enfoque mágico-religioso involucra una intervención desde la cosmogonía de la naturaleza. No obstante, esta generalización debe ser aterrizada a cada uno de los

[77] La Ley de Origen es la ciencia tradicional de la sabiduría y del conocimiento ancestral indígena para el manejo de todo lo material y lo espiritual. Su cumplimiento garantiza el equilibrio y la armonía de la naturaleza, el orden y la permanencia de la vida, del universo y de nosotros mismos como Pueblos Indígenas guardianes de la naturaleza. Asimismo, regula las relaciones entre los seres vivientes, desde las piedras hasta el ser humano, en la perspectiva de la unidad y la convivencia en el territorio ancestral legado desde la materialización del mundo (Organización Nacional Indígena de Colombia, 2007, pág. 15).

Resguardos que conforman el mencionado pueblo indígena porque desde allí, se encontrarán particularidades sobre normas, procedimientos, instituciones y métodos de control social que han sido determinadas por las mismas comunidades con influencia de la colonización interna que han recibido.

En el caso que se analiza del Resguardo indígena San Lorenzo, la estructuración del derecho propio ha sido el resultado de un camino histórico que comienza desde antes de la nación republicana pero que debió replegarse ante las imposiciones y negaciones que las políticas de aquella época trajeron (Gañan, 2021). Únicamente se resolvían conflictos de menor envergadura y solo hasta el reconocimiento que realizó la Constitución Política de 1991 pudieron desarrollar con plena autonomía los mandatos de autogobierno jurisdiccional. Por supuesto, se vieron influenciados por la cultura dominante, en el caso particular, de la cultura antioqueña[78], por lo que la normatividad propia se vio viciada por el colonialismo que esto representó. A su vez, han tenido que moldear su sistema jurídico conforme a los límites que la Corte Constitucional ha impuesto. Sin embargo, su percepción frente a ello es positiva ya que la consideran una gran aliada del progreso del derecho de autogobierno. Su reflexión es que estos límites son muy amplios lo que permite un margen de movilidad para configurar, en el caso concreto, las sanciones propias[79] con arreglo a las nociones de remedio relacionadas con sus usos y costumbres (Gañan, 2021).

Desde la concepción de los indígenas de San Lorenzo, Caldas, el quebrantamiento de las normas se asocia a una enfermedad que se encuentra presente en el espíritu, el alma y el cuerpo de la persona, lo que activa la corrección por parte de las autoridades

---

[78] Entre los años 1908 y 1950 se asentaron en los territorios del Resguardo indígena San Lorenzo familias que provenían de distintos municipios del departamento de Antioquia, obteniendo tierras productivas que ocasiono que concentraran el poder económico en desmedro del bienestar social y económico de los miembros indígenas y también mutando las costumbres que como comunidad indígena poseían (Tapasco Aricapa, 2016).

[79] Gañan (2021) el funcionamiento de la JEI del Resguardo San Lorenzo depende del esquema organizativo. Se puede sintetizar de la siguiente forma:

1. Cabildo: recepción del caso, evaluación de la gravedad de la conducta y determinación de capacidad para resolverlo (si no puede resolverlo lo pasa a la siguiente estancia)
2. Consejería: recepción del caso, evaluación de la gravedad de la conducta y determinación de capacidad para resolverlo (si no puede resolverlo lo pasa a la siguiente estancia). Es un equipo de autoridades judiciales que tienen por finalidad el control, la orientación y dirección del proceso jurídico aplicando justicia propia. La mayoría de los casos se resuelven allí, únicamente los más graves pasan a la siguiente instancia (Tapasco Aricapa, 2016).
3. Directiva del cabildo: da aplicación de la justicia propia para los casos más complejos.

Son muy pocos los casos que no pueden ser resueltos por alguna de las tres instancias relacionadas. Por lo que el órgano de cierre lo conforman el Cabildo central que se integra por los 21 cabildos de las comunidades, exgobernadores y junta directiva. Posterior a ello, existe la asamblea general que sesiona cada 6 meses y la conforman cerca de 700 personas.

tradicionales (Gañan, 2021). Estas serían las causas que anteceden al incumplimiento de la normatividad que se ha estructurado y generan desarmonías en la comunidad. Por ende, el control social que se hace por medio de las sanciones propias busca, en principio, retornar a su cauce a la persona infractora (Gañan, 2021). Las sanciones dependen de la gravedad de la conducta cometida. Las han dividido en espiritual[80], pública[81], privación de la libertad, trabajo comunitario y trabajo social impuesto y se aplicaran conforme a los casos concretos, entendiendo las causas que llevaron a la desarmonía. Todas ellas tienen por finalidad "resocializar" al indígena para que en el futuro sirva a la comunidad, no sea estigmatizado y pueda tener la oportunidad de rehacer su proyecto de vida a partir de los valores culturales comunes (Gañan, 2021). El tiempo que durará la sanción corresponde al análisis de la gravedad de la falta cometida, puede durar 25 años que ha sido la máxima impuesta, sin descartarse a futuro que pueda comprender un quantum punitivo superior (Gañan, 2021).

La flexibilidad en cuanto a la imposición de sanciones es una de sus características. Lo más importante para la comunidad indígena de San Lorenzo es poder ofrecer un castigo idóneo que atienda cada uno de los rasgos en el cuerpo, alma y espíritu del indígena desviado. En consecuencia, es completamente admisible que las sanciones propias se complementen. De ahí que, por ejemplo, una persona por un solo hecho este sometida a sanciones espirituales y de privación de la libertad (Gañan, 2021).

Juntamente con lo que se ha venido explicando, el transito que han realizado de la justicia ordinaria a la propia ha supuesto retos para reafirmar su legitimidad no solo de manera externa frente al sistema jurídico nacional sino interna frente a la comunidad. Una de las formas de resistir ante la colonización jurídica fue la construcción de su centro de resocialización al inicio de la década del 2000, es decir, nueve años después de que la Constitución Política reconoció su derecho al autogobierno jurisdiccional (Gañan, 2021). Las razones para ello obedecen principalmente al fortalecimiento de la justicia propia evitando el envío de comuneros a las prisiones estatales (Consejo Regional Indígena de Caldas, 2011). El modelo del centro de resocialización corresponde al pensamiento de los Mayores quienes identificaron la necesidad arquitectónica de espacios para el descanso de los miembros indígenas, para la guardia indígena quien

[80] Es más profunda que incorporar rituales con medicina tradicional para armonizar adecuadamente. Una de estas medicinas es a través del cepo con el que reprenden física y espiritualmente (Gañan, 2021; T-523 de 1997)

[81] Es un llamado de atención que advierte sobre su comportamiento nugatorio de los valores culturales. Opera como una primera sanción antes de la privación de la libertad y suele ser para conductas no tan graves (Gañan, 2021).

hace la custodia y algunos aspectos de seguridad para evitar fugas. Desde luego, es irrefutable que la gestión penitenciaria de las prisiones estatales fungió como modelo y se tomaron algunos elementos que se han ido transformando en el tiempo (Gañan, 2021)

3.1.1.2 Privación de la libertad y armonización

La privación de la libertad en el Resguardo indígena San Lorenzo es una de las sanciones propias que se ha institucionalizado. Pese a ello, solo se reserva para casos complejos que conforme al sentir de la comunidad y la víctima generan una ruptura en la armonía y buen vivir. Esta se ejecuta de dos maneras. La primera en el centro de resocialización que se ha construido al interior de la misma comunidad. La segunda en una prisión estatal. Por supuesto, al elegir cuál forma de ejecución de la privación de la libertad procede en cada caso, se tiene en cuenta nuevamente la gravedad del delito. Añadiendo un ingrediente que es la peligrosidad del indígena infractor que la entienden como la persona que ha trasgredido de manera total los valores culturales que se insertan en el derecho propio y persiste en su actuar una conducta ambivalente de la cual se puede desprender uno nuevo hecho desarmonizante (Gañan, 2021).

Ariza y Zambrano (2012) ya habían identificado que la categoría de indígena peligroso es empleada por las autoridades tradicionales, la asocian a un componente extraño de la cosmovisión indígena que ha sido trasplantada del derecho penal liberal que cosifica y dota al indígena de características de cometer nuevos delitos. Lo cierto, es que la JEI cuenta con una serie de debilidades que imposibilitan y aún dificulta la intervención de un indígena infractor de conductas graves como, por ejemplo, delitos de homicidio y delitos sexuales (Gañan, 2021). A lo que se suma, la atrofia institucional de las autoridades tradicionales en oposición a la hipertrofia institucional del sistema jurídico nacional (Ariza & Zambrano, 2012) generada por el desempeño de funciones jurisdiccionales permanente solo desde el año 1991 y las dificultades presupuestales que padecen. A tal efecto, que las comunidades indígenas, como en el caso del Resguardo San Lorenzo, han encontrado una solución pragmática concordante con los valores de la comunidad, la víctima y el mismo indígena infractor pero que sin duda aún les genera interrogantes sobre el asertividad de la reorientación del indígena en prisión estatal.

Para el caso, del Resguardo San Lorenzo, la sola gravedad o peligrosidad del indígena no son los únicos criterios que se tienen en cuenta en la decisión de la ejecución privativa de la libertad. Existe otro que es el compromiso de la familia a proveer los alimentos y bienes que requiera el indígena condenado. De ser afirmativo este compromiso, es posible que pueda permanecer en el centro de resocialización. También, se encuentra la posible venganza que la víctima o sus familiares puedan ejercer en contra del indígena sancionado. De ahí que la decisión de donde ejecutará la pena el indígena infractor de conductas graves corresponde a un balance entre peligrosidad, intensidad de la conducta, riesgos para la vida del indígena sancionado y compromisos familiares de acompañamiento, reservando esta estrictamente para casos muy complejos que requieran de una u otra forma ser sacado del territorio a una prisión estatal.

Pero las diferencias en la actualidad, con la prisión estatal son ostensibles. Los indígenas sancionados que permanecen en el centro de resocialización tienen un régimen semi abierto. Cada 8 días les visita su familia, la privación de la libertad no ocurre las 24 horas del día, las normas de orden interno son más flexibles, pueden trabajar y en algunos casos percibir ingresos de ello, asistir al culto religioso y demás prerrogativas que no existen en una prisión estatal[82] (Gañan, 2021). También, tienen sistemas de redención de penas y de revisión de la condena[83].

Respecto a los miembros de la comunidad indígena que van a cumplir su sanción en las prisiones estatales, se identifica que han reforzado acciones de articulación con la autoridad penitenciaria nacional para poder ingresar y ejercer sesiones con enfoque diferencial que atienda a la promoción y conservación de la identidad cultural de quienes se encuentran allí. Si bien, en un inicio la relación con la autoridad penitenciaria se torno tormentosa, en la actualidad ha mejorado y se adjudica a que ya son observados como una autoridad jurisdiccional de la que también deben ejecutar sus órdenes (Gañan, 2021).

Por otro lado, se encuentran similitudes entre la resocialización delimitada por el derecho penal liberal y la reorientación que desde la comunidad indígena se realiza.

[82] Para los casos que ellos consideren más complejos, el indígena sancionado que permanece en el centro de resocialización puede moverse en la comunidad previo permiso, con acompañamiento de la guardia indígena y por un tiempo máximo de 2 horas (Gañan, 2021) .También, para evitar congestionar y hacinar el centro de resocialización, se les permite a los que representan menor riesgo dormir fuera del mismo junto con sus familiares o en las fincas que el resguardo posee en todo su territorio.

[83] En estos casos, depende del comportamiento que haya desempeñado durante su privación de la libertad (Gañan, 2021).

Pero, se hace la salvedad de que la sanción propia orbita con una lógica colectiva y familiar. Atiende a criterios de territorialidad y naturaleza con un marcado enfoque espiritual (Gañan, 2021). Ambos fines de la pena apuntan a ofrecer posibilidades de vida futura a la persona sancionada pero los elementos de los cuales parte y los instrumentos tienen diferencias. De hecho, es plausible decir que sus concepciones son dispares al concebir la intervención punitiva que realiza la comunidad indígena desde un escenario colectivo en donde comunidad, víctima e infractor juegan un rol para la debida integración del indígena desviado.

Todos los anteriores elementos que describen genéricamente la administración de justicia indígena del Resguardo indígena San Lorenzo moldean la privación de la libertad de sus miembros y la forma como se ejecuta. Por ello, la prisión en su forma tradicional occidental junto con sus componentes característicos no es reproducida íntegramente. Gómez Valencia (2015) explica que las sanciones privativas de la libertad que se imponen en el marco de la administración de la fuerza y violencia obedecen a las conductas que por las implicaciones espirituales, territoriales y naturales no pueden ser tratadas de otro modo. Así, los correctivos que se manejan deberían responder a las causas que propician comportamientos transgresores buscando siempre la reintegración de la persona al cuerpo cultural y social. Si bien, (Gómez Valencia, 2015) señala que el encarcelamiento y concretamente la prisión son figuras casi inexistentes en las comunidades indígenas antes de la Constitución Política de 1991, en la actualidad su expansión al interior del derecho propio cada día es más creciente buscando resolver sus conflictos internos e intentando conservar la cohesión social.

3.2 Interculturalidad y Resocialización

Sobre la función de castigar, es tal vez, donde más se evidencia esa tensión entre los derechos fundamentales individuales y la diversidad cultural que señalaba (Bonilla Maldonado, 2006). Estos conflictos internos que generan desarmonías en las comunidades suelen trastocarse en los escenarios donde opera el sistema jurídico nacional, sea a través de acciones de tutela que han debido decidir sobre el caso concreto, o en las prisiones estatales que se caracterizan por el diseño de programas de resocialización conforme a parámetros occidentales que, además, no se desarrollan adecuadamente por las difíciles condiciones de vida en prisión (Medina Villarreal, Gutiérrez Quevedo, & Forero, 2016).

Es allí donde la autonomía jurisdiccional de los pueblos indígenas ha sido menguada en una ponderación que ha dado como resultado la protección de los derechos fundamentales individuales conforme a una interpretación universal que entiende que los pueblos indígenas aceptan dicho contenido porque hace parte de su cosmovisión (Borrero García C. , 2009; Ariza Santamaría, 2015)[84]. Aunque, tratándose de resocialización y de los valores que se protegen, en las sentencias relatadas anteriormente (T-921 de 2013 y T-208 de 2015) se observa que la privación de la libertad y la función resocializadora que la debe acompañar no se opone de manera total. El contenido de la resocialización que se ha creado desde el derecho penal liberal atendiendo la dignidad humana de las personas, se vincula solo en su acepción general de brindar oportunidades para que el miembro indígena lleve una vida futura sin delitos mientras conserva su identidad cultural. Por lo que, se otorga cierto margen de apreciación y complementariedad que reivindica la maximización de la autonomía jurisdiccional indígena, dando paso a nuevas interpretaciones constitucionales que se propician en el marco de un multiculturalismo liberal moderado[85].

3.2.1 Hacia una concepción intercultural de la resocialización

La justicia penal indígena, es por esencia, dinámica y debido a las interacciones con la cultura de la sociedad mayoritaria cuyas nociones de justicia penal corresponde a fines retributivos, de prevención general y prevención especial ha tomado elementos

[84] Santos (2018) explica que la interpretación convencional o tradicional que se ha hecho a los derechos humanos tiene como característica principal su validez universal sin importar el contexto social, político o cultural en que se apliquen. Además, ha de tenerse en cuenta que su no incorporación de derechos colectivos ha supuesto una lucha de los grupos históricamente excluidos quienes no encontraban una protección en los derechos humanos individuales como es el caso de las comunidades indígenas. El autor citado reconoce que los derechos humanos se convierten en un instrumento de defensa contra las "patologías del poder" pero que tratándose de movimientos cuyas identidades culturales pregonan principios que contradicen la naturaleza de los derechos humanos, su utilización debería ser contrahegemónica de modo que puedan comprender otras concepciones y prácticas de dignidad humana.

[85] Para (Bonilla Maldonado, 2019), la Constitución Política colombiana, se enmarca en interpretaciones liberales que reafirman la gramática del constitucionalismo moderno. Lo que ocasiona que giren en torno a los derechos individuales, pese a que ha habido reconocimiento del Estado multicultural, derechos económicos, sociales y colectivos. Es así, como se ha situado una línea jurisprudencial cuyas decisiones se desarrollan en el multiculturalismo liberal que busca equilibrar valores liberales con diferencia cultural, sin reconstruir conceptos para conformar un nuevo modelo jurídico que atienda las perspectivas de vida de las comunidades indígenas (Bonilla Maldonado, 2006). Por ello, se alude a un multiculturalismo liberal moderado ya que se observa la flexibilización en la imposición de valores liberales, dando un margen de actuación a la JEI de ocupar y colmar de contenido los preceptos penales aludidos como la prisión y resocialización.

exógenos que han sido apropiados como métodos de control social. El derecho propio suele estar dotado de valores y significados culturales mixtos, alejados de esencialismos culturales (Gómez Valencia, 2015). Esto, puede obedecer a varios factores como a) el proceso de colonización que involucró el desconocimiento total de la justicia indígena e incluso la segregación de la identidad indígena; b) la eliminación de prácticas culturales y tradicionales como consecuencia de la evangelización que comprendía a las autoridades eclesiásticas como autoridades judiciales; c) la asunción de responsabilidades judiciales sin contar con experiencia para resolver conflictos de mayor envergadura; d) los análisis constitucionales desde una lectura del multiculturalismo liberal que se centran en los derechos individuales; e) la atrofia institucional que les caracteriza; y, por supuesto, e) las relaciones asimétricas presentes en cada una de las épocas determinantes de las políticas indígenas, tanto en las de negación como las de reconocimiento (Rappaport, 2003; Ariza L.J., 2009; Walsh, 2012; Wolkmer & S Wolkmer, 2017).

De tal suerte, que la colonización del derecho se ha cimentado sobre un proceso histórico- político que comprendió el desplazamiento de la identidad indígena y la superioridad de teorías jurídicas de carácter occidental (Ariza L. J., 2009; Walsh, 2012). Su reconocimiento constitucional propició el fortalecimiento de los sistemas jurídicos indígenas que han enfrentado múltiples desafíos y retos para encontrar legitimidad interna y externa; entre ellos, la persistencia hegemónica del derecho occidental (Ariza Santamaría, 2017; Cunneen, 2014) en su estudio que comprende la relación entre procesos coloniales, sistemas penales y comunidades aborígenes en Australia, Estados Unidos, Nueva Zelanda y Canadá identificó dos rasgos distintivos de la colonialidad jurídica penal. El primero basado en la negación de la legitimidad que desde el poder judicial estatal se promueve. El segundo, por la elección que el poder judicial estatal efectúa sobre las practicas jurídicas permitidas[86] a los sistemas indígenas.

Lo anterior, puede plantearse como un obstáculo a la formación y ejercicio de un pluralismo jurídico igualitario. En el caso colombiano, es innegable que los análisis que ha llevado a cabo la Corte Constitucional han contribuido a la consolidación del derecho propio de los pueblos indígenas ya que ha delimitado abiertamente posturas que

[86] Robles Zamarripa (2020) reflexiona sobre la idea del derecho permitido. Establece que los sistemas jurídicos indígenas que se han permitido desde el sistema social dominante corresponde a aquellos que no alteran las dinámicas hegemónicas y colonialistas. Por ello, su aporte se centra en ir más allá de solo el reconocimiento de los derechos de autogobierno y autodeterminación, y entender en qué términos esos derechos se permiten. Concluye que las pretensiones de un pluralismo jurídico emancipador debe encontrar y revisar “los pilares estructurales que les mantienen en su situación de subalternidad y opresión” (pág. 19)

propician el ejercicio de la autonomía jurisdiccional enmarcadas en la trascendencia de los valores del sujeto colectivo (Gañan, 2021). Pero tampoco se puede negar que no son reflexiones jurídicas puras y que han involucrado elementos etnocéntricos del derecho positivo nacional. Sánchez Botero (2005) aclara que los fallos judiciales emanados del sistema de justicia nacional representan tanto avances como retrocesos que no excluyen de manera total la persecución de un pluralismo jurídico emancipador sino que construye progresivamente la cuestión de la diversidad étnica y los derechos de autogobierno[87].

Pese a ello, la superioridad jurídica que se establece de las normas constitucionales y de los precedentes jurisprudenciales aún conservan rasgos monistas. En particular, las que regulan los conflictos internos. Para Bonilla Maldonado (2006) la tensión entre unidad y diversidad cultural debe acomodarse maximizando el derecho de autogobierno de los pueblos indígenas y restringiendo la intervención del Estado a solo aquellos casos que transgreden valores transculturales como la vida, integridad cultural y libertad cuyos contenidos deben ser producto de una deliberación igualitaria que deben respetar tanto los pueblos indígenas como el Estado.

En paralelo y en un ejercicio propositivo sobre cuáles deberían ser las bases interculturales del derecho penal, Borja Jiménez (2011) refiere que los sistemas jurídicos penales de las comunidades indígenas están integrados por elementos propios que obedecen a su cosmovisión pero que algunos de ellos son comunes con el sistema jurídico penal nacional producto de la interpretación y adaptación. En la misma línea, entendiendo que el núcleo del derecho penal mínimo tiene correspondencia con los derechos humanos y que el ordenamiento jurídico penal es protector de derechos humanos, considera que pueden existir parámetros mutuos que reclaman el respeto de cualquier cultura por ser consustanciales a la persona sobre la cual se aplican los castigos. El autor citado, advierte como prohibiciones la pena de muerte y penas corporales cuando comprometa la pérdida de un miembro u órgano, el rechazo de la

[87] Sánchez Botero (2005) frente al castigo reconoce que la Corte Constitucional ha limitado las normas tanto constitucionales como legales que deben hacerse exigibles frente al derecho propio de las comunidades indígenas. Al mismo tiempo, indica que “Tratar cuatro castigos de diferentes pueblos como constitucionales –no existentes en la jurisdicción ordinaria–, reafirma esta aseveración; aceptar creencias como guía de acciones para consultar los dioses durante meses, para tomar una decisión, o castigar con fuete para que el sujeto trasgresor pase de un estado de oscuridad a un estado de claridad, son fundamentos aceptados como prueba judicial, que aunque no pueden ser “probadas” como el derecho positivo lo demandaría, son entre otros muchos ejemplos, la expresión del rostro democrático y abierto de abogados y jueces capaces de ponerse bajo los supuestos culturales del otro. Posibilitar la práctica de distintas culturas, de sus derechos, de su autonomía y de la realización de los intereses de un pueblo particular, es señal de un proceso ejemplar, un asunto nuevo y configurado de modo diferencial que rompe los cánones tradicionalmente utilizados hasta el momento” (pág. 241)

violencia y la arbitrariedad, la esclavitud y la no existencia de normas orales, escritas o consuetudinarias que contengan las conductas prohibidas con sus respectivas sanciones. Estas prohibiciones encontrarían respaldo en los derechos a la vida, integridad personal, dignidad humana y debido proceso.

Si bien, la propuesta planteada por el autor referido resulta de bastante apertura, no se puede olvidar que la interculturalidad como alternativa para gestionar la diversidad cultural en sociedades plurales tiene como base la construcción de otros conocimientos que permitan llevar a cabo un giro decolonial, en este caso, jurídico (Walsh, 2009). Así, la metodología a seguir en las constantes interacciones que tienen los sistemas jurídicos indígenas con el sistema jurídico nacional para la resolución de conflictos internos deberían desenvolverse en un escenario horizontal de igualdad. Aun así, el enfoque ofrecido por Borja Jiménez (2011) refleja la necesidad de deconstruir categorías del derecho penal en función tanto de la diversidad cultural como de los derechos individuales en cabeza del sujeto indígena sometido a control social, lo que resulta valioso para la determinación de la resocialización del indígena infractor[88].
Teniendo ello presente, se ha identificado que la estructura conceptual que ha seguido la Corte Constitucional cuando impone la resocialización como límite de las facultades jurisdiccionales de los pueblos indígenas, se deriva de la racionalidad del sistema penal y penitenciario que incorpora una humanización de la pena privativa de la libertad. De esta manera, el castigo se legitima frente a la sociedad y al condenado al procurar no solo la venganza por la comisión de la conducta prohibida sino al intentar reintegrar a la sociedad a la persona condenada (Mir Puig, 2011).

En consecuencia, la dignidad humana se convierte en el derrotero argumentativo de la resocialización por su relación intrínseca con el modelo de Estado colombiano (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2014) . Así, la sanción privativa de la libertad no busca aislar eternamente al sujeto condenado; propende por realizar un tratamiento penitenciario integral que fortalezca las habilidades de la persona condenada, al mismo tiempo, que le brinda motivaciones de vida en libertad (Rueda Soto, 2010). Por ende,

[88] No sobra recordar, que el sistema penal y penitenciario dominante es ampliamente criticado por la ineficacia en su funcionamiento. Zaffaroni (2009) recogiendo la crítica criminológica, el abolicionismo y las posturas reduccionistas que de una forma u otra llegan a la misma conclusión de selectividad de los dispositivos punitivos simplificando el derecho penal a una función simbólica que reafirma la vigencia de la norma, determina que no se puede ofrecer a los pueblos indígenas un mecanismo de resolución de conflictos mejor que el que ellos mismos han construido a través de sus usos y costumbres o de la hibridez del castigo. De este modo, si el derecho propio resulta más adecuado para resolver conflictos, la mejor actuación del aparato estatal es la pasividad, solo activándose en la medida en que exista una divergencia seria que quebrante elementos relacionados con la dignidad humana o el núcleo de los derechos fundamentales.

se impone este límite a los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas que guarda correspondencia con las clausulas constitucionales.

Lo anterior debido a que, como ya se ha mencionado, los pueblos indígenas han venido utilizando la privación de la libertad como una de las sanciones propias para el castigo de las conductas que atentan contra la armonía y el buen vivir. De esta suerte, las autoridades judiciales indígenas, tratándose de la privación de la libertad, como máxima sanción para situaciones que comprometen afectaciones graves a los valores, vienen optando por dos opciones: la cárcel del Estado o los centros de armonización/resocialización. Los cuales llevan consigo la limitación del derecho a la libertad, con más intensidad en la prisión que en los centros de armonización.

Estos espacios, Ariza e Iturralde (2021) le han denominado liminales porque se unen las leyes estatales e indígenas para expresar su soberanía a través del poder de castigar[89]. Y es justamente, en estos espacios donde la resocialización debe ser llevada a cabo. Discurso punitivo que la Corte Constitucional trasladó a las comunidades indígenas. Sin embargo, es plausible y admisible que el derecho fundamental a la resocialización recaiga también en los miembros de comunidades indígenas sancionados por sus respectivas autoridades tradicionales cuando su sanción se ejecuta en la prisión estatal por las repercusiones que tiene en la identidad cultural. De hecho, al interior de la cosmovisión de los pueblos indígenas se ha encontrado que las sanciones propenden por la recuperación espiritual de quiénes han cometido hechos que atentan contra la armonía al considerar que el delito es una respuesta a una enfermedad que precisa de un remedio. No obstante, su exigibilidad debe conformarse a partir de un pluralismo jurídico emancipador. El cual desemboca en una convergencia, articulación y complementariedad[90].

Más allá de las similitudes que puedan encontrarse en la justicia restaurativa que opera en los pueblos indígenas y el fin resocializador de la pena, no es idóneo trasladar un discurso punitivo con todo lo que ello implica en un escenario de pluralismo jurídico. Los

---

[89] "se funden la soberanía estatal y el autogobierno indígena; donde el discurso, la práctica y el ethos del dispositivo penitenciario, heredados de la época colonial, pero adaptados y transformados desde el nacimiento de la República, sufren otra transformación y se convierten en algo diferente: un tercer espacio, donde los significados y símbolos de la cultura pueden ser "apropiados, traducidos, rehistorizados y leídos de nuevo" (Ariza & Iturralde, 2021, pág. 10)

[90] Walsh (2012) establece que la interculturalidad jurídica debe propiciarse, al menos, en tres niveles: 1) dimensión histórico-colonial: no solo es reconocer las prácticas originarias sino a partir de estas crear nuevas estructuras jurídicas. 2) actualización y fortalecimiento de los sistemas propios: construyendo y ejerciendo pertinencia y convivencia. 3) conciliación y articulación: propiciar el análisis de delitos desde contextos culturales en que son cometidos. (págs. 147-152)

centros de armonización, no son prisiones ni es el equivalente a ello incluso con la privación de la libertad que conllevan. El tratamiento penitenciario diferencial que ha de atenderse en las prisiones estatales no se agota por la complementariedad o aporte que los pueblos indígenas realicen desde sus concepciones de vida, tal como se estipuló en la sentencia T-208 de 2015. La resocialización como elaboración conceptual, tratándose del castigo a miembros de comunidades indígenas, requiere de una base que comprenda los objetivos restauradores, colectivos y territoriales que los pueblos indígenas suelen abanderar. En consecuencia, la forma y el contenido de la ejecución de la sanción, concretamente de la resocialización, debe realizarse desde un propósito intercultural.

Esta postura que propugna por relacionar y dotar de coherencia a la resocialización conforme a las distintas visiones de entender el mundo ya la realizaba Muñoz Conde (1979). Específicamente, anticipaba que las sociedades democráticas y plurales exigen conciliar sistemas de convivencia para lograr identidad y legitimidad en la aplicación normativa. Por ende, considera el autor en mención que la función resocializadora solo se puede justificar en la medida en que destinatario y emisor aceptan el mismo fundamento. En efecto, las anteriores premisas son completamente apropiadas para el caso que se aborda, en donde, el consenso entre autoridades penitenciarias, autoridades jurisdiccionales indígenas y miembro de la comunidad indígena privado de la libertad es ineludible.

La construcción conjunta que se debe realizar sobre los objetivos de la resocialización étnicamente diferenciada, podría ser una ventana de oportunidad para aplicar algunas cuestiones que coadyuven a fortalecer la resocialización como fin de la pena en un Estado social y democrático de derecho. Por ejemplo, Pablos de Molina (2008) indica que existen tres aspectos claves que se requieren determinar con mayor precisión para que la resocialización abandone la fase de utopía o mito y avance a una concreción material que realmente ofrezca al infractor de la ley penal un horizonte en libertad. Esto es, “qué objetivos concretos se pueden perseguir con relación a cada grupo o subgrupo de infractores, qué medios y técnicas de intervención se estiman en cada caso idóneos y eficaces, y qué límites no debe superar jamás cualquier suerte de intervención” (pág. 639). Seguramente los pueblos indígenas, desde su sabiduría tradicional y sus epistemologías tienen mucho por aportar al respecto que no solo garantizará que la ejecución de sus sanciones corresponda a sus usos y costumbres sino que podría repercutir en una mejor praxis del ordenamiento jurídico penal liberal.

Conclusiones

La evolución en el reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas parte de la base de la disrupción de las estructuras de dominación y exclusión a la que se han

visto sometidas por la cultura mayoritaria. Estas luchas políticas surgen de antaño y ha sido trascendental el reconocimiento que en el ámbito jurídico internacional se ha hecho para la preservación de sus culturas. En este sentido, la facultad de administrar justicia se ha convertido en un logro que permite potenciar sus prerrogativas de autogobierno reconocidas tanto en el Convenio 169 de la OIT como en la Carta Política colombiana. Que, especialmente, en el contexto colombiano ha tenido una fuerte connotación para la resolución de conflictos que irrumpen la armonía de la comunidad y cuyas soluciones se han encontrado en la afirmación de su cosmovisión determinando el contenido del derecho propio.

Lo anterior, ha sido aplicado por la Corte Constitucional bajo una jurisprudencia progresiva que sin llegar a un punto culminante y de desarrollo pleno del ejercicio de administrar justicia logra reconocer y defender la diversidad étnica y sus formas de autogobierno (Gañan, 2021). Aunque, en la actualidad, la lucha de los pueblos indígenas ha variado a una pretensión de interculturalidad que se viene gestando por los pueblos indígenas de Ecuador y Bolivia desde la década del 90; por lo que la emancipación no solo se basa en un reconocimiento de derechos sino va más allá. Busca la reconfiguración de la matriz de colonialidad del poder para establecer relaciones más iguales y concretar el goce de los derechos que ya han sido reconocidos (Mignolo, 2020). Discusiones que debería incorporar la Corte Constitucional en la resolución de los casos.

En el marco de la aplicación del derecho propio, Walsh (2012) explicaba que el reconocimiento de las formas de administración de justicia para comunidades indígenas bajo el pluralismo jurídico no ha supuesto una transformación seria que permita igualar el tratamiento del sistema de justicia nacional con el de las comunidades indígenas. De esta forma, se ha entendido que ha estado subyugado a las categorías del derecho de la jurisdicción ordinaria y puede ser este un factor de la colonialidad jurídica de conceptos de derecho penal liberal que han sido asimilados por los pueblos indígenas en Colombia conforme lo explicado por Ariza Zambrano (2012). Para dar el paso a la hibridez del castigo (Ariza & Iturralde, 2021).

Como ejemplo de lo anterior, se puede traer a colación el empleo del cepo o fuete, que fueron “adoptados, adaptados y transformados intraculturalmente” (Gómez Valencia, 2015, pág. 196). Siendo extraños a la forma de solucionar sus conflictos, por el proceso que han tenido, no puede desconocerse su valor cultural y trascendencia tradicional que para algunos pueblos en la actualidad goza, y que por ende, ha resultado meritorio de

protección. Del mismo modo, se encuentra la privación de la libertad, sea a través de las prisiones estatales o de los centros de armonización. En los últimos, con la salvedad de que su enfoque es de reintegración en oposición a un fin liberal retributivo de la pena (Ariza, Ariza, & Díaz, 2016); y, que su forma de ejecución varía considerablemente por la constante interacción que el miembro indígena sancionado tiene con la comunidad evitando un aislamiento total (Gañan, 2021). Pero con los cuales comparte elementos para lograr legitimidad y defender su autonomía jurisdiccional, lo que en palabras de Ariza e Iturralde (2021) se explica que "para existir, deben cumplir con algunos requisitos mínimos del Estado en cuanto a la pena, sus objetivos, formas y funciones, y sus exigencias de respuestas eficaces y adecuadas contra los delitos graves" (pág. 13)

Entonces, las cuestiones del mundo jurídico han estado transitando sobre el legado de la colonialidad y la lucha por la decolonización del saber jurídico. Indudablemente, la permanente colonialidad jurídica ha permeado las formas de castigo que implementan las comunidades indígenas ya que deben acatar los límites que se les han impuesto en relación con la investigación, juzgamiento y sanción como es el caso de los principios de proporcionalidad y razonabilidad de la penas. Lo que puede ser un vicio del ejercicio libre de la JEI, pero que encuentra su justificación en la carta constitucional de la que se predica su aceptación y jerarquía para todas las personas que conforman el Estado colombiano. Sobre ella se ha pronunciado la Corte Constitucional tratando de encontrar un balance entre autonomía jurisdiccional indígena y derechos fundamentales individuales. Es decir, resolviendo conflictos ocasionados por las denominadas restricciones internas (Kymlicka, 1996).

Infortunadamente, el Tribunal Constitucional ha mantenido la jerarquía de los criterios jurídicos que se han trazado para el funcionamiento de las diversas ramas del derecho en la jurisdicción ordinaria, solo brindando matices que de una forma u otra, han supuesto el mejoramiento de las condiciones para el respeto de este tipo de derechos reconocidos (Ariza & Iturralde, 2021). Las decisiones arriba comentadas (T-208 de 2015 y T-921 de 2013) han dado un paso más allá de la simple y plana inclusión en un pluralismo jurídico tradicional, abriendo un camino al pluralismo jurídico emancipador. Como lo menciona Walsh (2018) este tipo de fisuras pueden ser esenciales en esa búsqueda incesante de aceptación igualitaria a otras perspectivas de administración de justicia y eventualmente, podría ser capitalizada para objetivos más amplios de los pueblos indígenas.

El derecho propio continua limitado por las clausulas constitucionales, pero en lo que se refiere a la resocialización se ha notado que a pesar de ser un límite por los valores protegidos como la dignidad humana, su contenido puede ser completado por las comunidades indígenas. Dando flexibilidad para la protección de la diversidad étnica. Y, de algún modo, brindado seguridad jurídica para que exista una emancipación jurídica desde los pueblos indígenas, es decir, que desde abajo puedan concebir su derecho propio rompiendo paradigmas de conocimientos adquiridos por la relación modernidad-colonialidad.

Sin embargo, ambas decisiones también generan interpretaciones que se asocian con la persistencia de colonialidad jurídica. En el caso de la sentencia T-921 de 2013, la permisión en pro de la preservación de la identidad cultural de que los miembros de comunidades indígenas, con independencia de la autoridad que los haya juzgado, puedan ejecutar su pena en los respectivos territorios genera el cumplimiento de una serie de condicionamientos cuyo impacto directo puede conllevar a la asimilación de modelos de gestión del castigo que les son extraños a su cosmovisión. Esto, porque la autoridad penitenciaria nacional y judicial sería la encargada de dar el aval de los espacios donde se mantendrá privada de la libertad a la persona; lo que claramente responderá a un visión occidental de gestión penitenciaria de prisiones con régimen cerrado orientadas al cumplimiento de estándares de seguridad[91]. Lo que en palabras de Ariza e Iturralde (2021) representa la imposibilidad de seleccionar autónomamente las formas del castigo.

En la sentencia T-208 de 2015 se impone como límite la resocialización del indígena privado de la libertad que si bien contempla un fin genuino de humanización de las penas, continua reproduciendo un discurso punitivo que como ya se explicó tiene múltiples críticas en el sistema penitenciario colombiano por la persistencia del Estado de Cosas Inconstitucional. Pese a ello, las autoridades tradicionales podrán determinar en mejor forma el contenido de la resocialización en relación con los usos y costumbres que practiquen. Lo preocupante de la imposición de este límite sería la deformación que podría conllevar en los esquemas de justicia restaurativa que tradicionalmente ha

[91] La sentencia de Tutela 975- de 2014 reitera la sentencia T-921 de 2014, delimitando los siguientes requisitos "(i) Una vez emitida la sentencia se consultará a la máxima autoridad de la comunidad indígena si el condenado puede cumplir la pena en su territorio. (ii) 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. (iii) 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. (iv) En caso de que el indígena no se encuentre en el lugar asignado deberá revocarse inmediatamente esta medida y (v) A falta de infraestructura en el resguardo para cumplir la pena se deberá dar cumplimiento estricto al artículo 29 de la Ley 65 de 1993."

caracterizado a los pueblos indígenas. Sin dejar de lado que los miembros de comunidades indígenas que permanecen en prisiones estatales están más distantes a un objetivo reparador y a la preservación de la identidad cultural por los efectos negativos que la prisión genera en las identidades y personalidades. Gutiérrez Quevedo y Olarte Delgado (2020) han estudiado la invisibilización de las identidades indígenas encontrando que algunas ya estaban debilitadas antes de su ingreso a prisión, otras se mantienen pero su convivencia en otro contexto cultural ha contribuido a su erosión, dado el carácter disciplinante y total de las instituciones carcelarias, y, por supuesto, la ausencia de reconocimiento de la esfera pública penitenciaria hacia ellos.

Consecuentemente, se puede inferir de las sentencias destacadas, un progreso hacia la maximización de la autonomía del ejercicio de administración de justicia propia que supone la facultad de integrar las finalidades de la sanción conforme a sus usos y costumbres. No obstante, las premisas sobre las cuales se cimienta la resocialización que le es oponible a los pueblos indígenas debería fundarse en las aspiraciones colectivas que cada comunidad ha determinado para mantener la cohesión social, que en todo caso, deberían compatibilizarse para que su formulación no resulte antagónica de los derechos que les asiste a los comuneros indígenas individualmente considerados.

El innegable respaldo que han encontrado los sistemas jurídicos indígenas en el Tribunal Constitucional (Gañan, 2021) puede perfeccionarse para que se concrete materialmente la diversidad de pensamientos y de ideas que se establecen en torno a la administración del castigo que entrañan métodos distantes de la tradicional pena de prisión y que por ende, podrían resultar más asertivos en la evitación de la reincidencia criminal y en la reconciliación social. La ruptura de la dinámica de “derecho pemitido” que presenta Robles Zamarripa (2020) cuyas limitaciones al autogobierno de los pueblos indígenas resulta central para dar el paso a un pluralismo jurídico emancipador, puede plantearse para que las diversas formas y contenidos del castigo encuentren lugar y sean tratadas por el sistema jurídico nacional desde un plano horizontal e igualitario.

Bibliografía

Anaya, S. (1996). Indigenous peoples in international law. New York: Oxfors University Press.

Ardila Amaya, E. (2002). Pluralismo Jurídico: apuntes para el debate. (ILSA, Ed.) El otro derecho(26-27), 49-61.

Ariza Santamaría, R. (2015). Descolonização jurídica nos Andes. En A. Wolkmer, & I. Lixa, Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en América Latina (págs. 165-180). Aguascalientes; Florianópolis: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat (CENEJUS), NEPE, Universidad Federal de Santa Catarina.

Ariza Santamaría, R. (2015). El pluralismo jurídico en América Latina y la nueva fase de colonialismo jurídico en los estados constitucionales. InSURgencia, 1(1), 165-194.

Ariza Santamaría, R. (2017). Descolonización de prácticas judiciales constitucionales en Bolivia-Colombia. Direito & Praxis, 3005-3036.

Ariza, L. J. (2009). Derecho, saber e identidad indígena. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Ariza, L. J., & Iturralde, M. (2021). Whipping and jailing: The Kapuria jail, indigenous self-government and the hybridization of punishment in Colombia. Incarceration, 2(1), 1-18.

Ariza, L. J., Ariza, R., & Díaz, F. (2016). Estructuración del modelo de redención de penas para las personas indígenas privadas de la libertad, que contemple su aplicación en centro de reclusión, así como en el marco de espacios de reflexión, sanación y armonización integral en el Cauca. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho.

Ariza, L., & Iturralde, M. (2011). Los muros de la infamia: prisiones en Colombia y América Latina. Bogotá: Universidad de los Andes. Facultad de Derecho, CIJUS.

Ariza, L., & Zambrano, R. (2012). Cárcel Kapuría: las rutas del encarcelamiento indígena en Colombia. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, 13, 161-186.

Assies, W. (2001). La oficialización de los no oficial ¿(re) encuentro de dos mundos?. Alteridades. (11,21), 83-96 https://www.redalyc.org/pdf/747/74702106.pdf

Assies, W. (2009). Pueblos indígenas y sus demandas en los sistemas políticos. Revista CIDOB d'Afers Internacionals(85-86), 89-107.

Ávila Ordoñez, M. P. (2013). El Derecho Penal Indígena: entre la diversidad y los derechos humanos. Amerizan University International Law Review, 949-974.

Baratta, A. (1982). Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones de desigualdad. Nuevo Foro Penal(15), 737-749.

Baratta, A. (2004). Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam. Montevideo : B de F Ltda.

Barona, Yilmar Eduardo. (s.f.). Pueblo Nasa. Norte del Departamento del Cauca. ACIN. Obtenido de Rama Judicial: https://www.ramajudicial.gov.co/documents/4263275/13613759/Centro+de+Armonizaci%C3%B3n+del+Cauca+-+ACIN.pdf/26901643-ecf7-4600-b222-ae548a404c03

Bedoya Chavarriaga, J. (2019). El derecho como interpretación: la validez de los derechos innominados (Tesis de Maestría). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Benavides Vanegas, F. S. (2009). La movilización de los pueblos indígenas y la lucha por sus derechos en Colombia. Barcelona, España: Institut Català Internacional per la Pau.

Benavides Vanegas, F. S. (2010). Movimientos indígenas y Estado Plurinacional en América Latina. Pensamiento Jurídico(27), 239-264.

Bernal Cuellar, J., & Montealegre Lynett, E. (2013). El proceso penal. Tomo II: estructura y garantías procesales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bonilla Maldonado, D. (2006). Constitución multicultural. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes- Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar.

Bonilla Maldonado, D. (2019). El constitucionalismo radical ambiental y la diversidad cultural en América Latina. Los derechos de la naturaleza y el buen vivir en Ecuador y Bolivia. Revista Derecho del Estado, 42, 3-23.

Bonilla, D., & Ariza, L. (2007). El Pluralismo Jurídico: contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico. En B. Tamanaha, S. Engle Merry, & J. Griffiths, Pluralismo Jurídico. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar.

Borja Jiménez, E. (2009). Derecho indígena, sistema penal y derechos humanos. Nuevo foro penal, 73, 11-44.

Borja Jiménez, E. (2011). Bases interculturales del derecho penal. Cuadernos de Derecho Penal No. 5, 35-66.

Borrero García, C. (2003). Multiculturalismo y derechos indígenas. Bogotá: CINEP.

Borrero García, C. (2009). ¿Multiculturalismo o interculturalidad? En D. Carrillo González, & N. Patarroyo Rengifo (Edits.), Derecho, Interculturalidad y Resistencia Étnica (págs. 67-75). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia- Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina (UNIJUS).

Borrero García, C. A. (2014). Derechos multiculturales (étnicos) en Colombia: una dogmatica ambivalente. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y sociales.

Bravo, O. A. (2017). La cárcel como institución social límite. Precedente, 11, 83-99.
Buenahora Febres-Cordero, J. (1991). El proceso constituyente: de la propuesta estudiantil a la quiebra del bipartidismo. Bogotá: Tercer Mundo Editores.

Bustos Ramírez, J. (2011). Derecho Penal. Tomo I. Bogotá: Editorial Leyer.

Carbonell, M. (2004). Constitucionalismo y multiculturalismo. Derecho y cultura, 13, 21-80.

Clavero, B. (1994). Derecho indígena y cultura constitucional en América. México: Siglo veintiuno editores.

Colombia, Rama Judicial del Poder Público. (T-208 de 2015). Corte Constitucional. M.P Gloria Stella Ortiz Delgado

Colombia, Rama Judicial del Poder Público. (A-121 de 2018). Corte Constitucional. M.P Gloria Stella Ortiz Delgado.

Colombia, Rama Judicial del Poder Público. (C-261 de 1996). Corte Constitucional. M.P Alejandro Martínez Caballero.

Colombia, Rama Judicial del Poder Público. (SU-510 de 1998). Corte Constitucional. M.P Eduardo Cifuentes Muñoz.

Colombia, Rama Judicial del Poder Público. (T-002 de 2012). Corte Constitucional. M.P Juan Carlos Henao Pérez.

Colombia, Rama Judicial del Poder Público. (T-208 de 2019). Corte Constitucional. M.P Carlos Bernal Pulido.

Colombia, Rama Judicial del Poder Público. (T-254 de 1994). Corte Constitucional. M.P Eduardo Cifuentes Muñoz.

Colombia, Rama Judicial del Poder Público. (T-274 de 2008). Corte Constitucional. M.P Jaime Araujo Rentería.

Colombia, Rama Judicial del Poder Público. (T-349 de 1996). Corte Constitucional. M.P Carlos Gaviria Díaz.

Colombia, Rama Judicial del Poder Público. (T-349 de 1996). Corte Constitucional. M.P Carlos Gaviria Díaz.

Colombia, Rama Judicial del Poder Público. (T-419 de 2013). Corte Constitucional. M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

Colombia, Rama Judicial del Poder Público. (T-510 de 2020). Corte Constitucional. M.P Richard S. Ramírez Grisales.

Colombia, Rama Judicial del Poder Público. (T-523 de 1997). Corte Constitucional. M.P Carlos Gaviria Díaz.

Colombia, Rama Judicial del Poder Público. (T-523 de 2012). Corte Constitucional. M.P María Victoria Calle.

Colombia, Rama Judicial del Poder Público. (T-552 de 2003). Corte Constitucional. M.P Rodrigo Escobar Gil.

Colombia, Rama Judicial del Poder Público. (T-596 de 1992). Corte Constitucional. M.P Ciro Angarita Barón.

Colombia, Rama Judicial del Poder Público. (T-617 de 2010). Corte Constitucional. M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

Colombia, Rama Judicial del Poder Público. (T-642 de 2014). Corte Constitucional. M.P Martha Victoria Sáchica Méndez.

Colombia, Rama Judicial del Poder Público. (T-728 de 2002). Corte Constitucional. M.P Jaime Córdoba Triviño.

Colombia, Rama Judicial del Poder Público. (T-762 de 2015). Corte Constitucional. M.P Gloria Stella Ortiz.

Colombia, Rama Judicial del Poder Público. (T-811 de 2004). Corte Constitucional. M.P Jaime Córdoba Triviño.

Colombia, Rama Judicial del Poder Público. (T-903 de 2009). Corte Constitucional. M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

Colombia, Rama Judicial del Poder Público. (T-921 de 2013). Corte Constitucional. M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Consejo Regional Indígena de Caldas. (2011). Plan de salvaguarda. Pueblo Embera de Caldas. CRIDEC.

Courtis, C. (2009). Apuntes sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas por los tribunales de América Latina. Revista Internacional de Derechos Humanos(10).

Cruz Rodriguez, E. (2014). Multiculturalismo, interculturalismo y autonomía. Estudios Sociales, 22(43), 243-269.
Cunneen, C. (2014). Colonial processes, indigenous peoples and criminal justice sustems. En S. Bucerius, & M. Tonry, The Oxford Handbook of Ethnicity, Crime and Inmigration (págs. 386-407). Oxford: Oxford University Press.

Cutiño Raya, S. (2017). Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Dávila Sáenz, J. (2004). Apuntes sobre pluralismo jurídico. Bogotá: Centro de Investigaciones Sociojurídicas CIJUS.
Departamento Administrativo Nacional de Estadística. (2019). Población indígena de Colombia. Bogotá: DANE.

Dlestikova, T. (2020). Encuentros entre las justicias indígenas y restaurativa en Colombia. Novum Jus, 14(1), 15-40.

Dugas, J. (1993). La Constitución de 1991: un pacto político viable? Bogotá: Universidad de los Andes.

Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla". (2011). Módulo de capacitación intercultural indígena. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.

Ferrajoli, L. (2016). Jurisdicción y ejecución penal. La cárcel: una contradicción institucional. Revista Crítica Penal y poder(11), 1-10.

Foucault, M. (2002). Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión. Buenos Aires: Siglo XXI editores.

Gañan, A. (26 de octubre de 2021). Sanción propia en el Resguardo indígena San Lorenzo. (A. Noriega Villamizar, Entrevistador)

García Martínez, M. J. (2016). La participación indígena en el derecho internacional y el sistema de naciones unidas. En G. A. Rodríguez, & G. P. Lopera Mesa, Retos del constitucionalismos pluralista (págs. 63-36). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

García Martínez, M. J. (2017). La participación indígena en el derecho internacional y el sistema de Naciones Unidas. En G. A. Rodríguez, & G. P. Lopera, Retos del constitucionalismo pluralista (págs. 53-99). Bogotá: Siglo del Hombre Editores, EAFIT, Universidad del Rosario; Relaju.

Gargarella, R. (2020). La derrota del derecho en América Latina. Siete tesis. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

Garland, D. (2005). La cultural del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea. (M. Sozzo, Trad.) Barcelona: Editorial Gedisa, S.A.

Garzón López, P. (2012). Multiculturalismo, ciudadanía y derechos indígenas: hacia una concepción decolonial de la ciudadanía indígena. (Tesis doctoral). Universidad Carlos III de Madrid, Madrid.

Gómez Valencia, H. (2015). Justicias indígenas de Colombia: reflexiones para un debate cultural, jurídico y político. Pueblos Kogui, Arhuaco, Wiwa, Kankuamo, Nasa, Misak, Yanacona y Camentsa. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.

Griffiths, J. (1986). What is Legal Pluralism? The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law, 18(24), 1-55.

Gros, C. (1993). Derechos indígenas y nueva constitución en Colombia. Análisis Político(19), 8-24.

Gros, C. (1998). Identidades indias, identidades nuevas. Algunas reflexiones a partir del caso colombiano. Revista Mexicana de Sociología, 60(4), 181-207.

Guerrero Peralta, O. J. (2019). Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

Gutiérrez Quevedo, M., & Olarte Delgado, Á. M. (2020). El transitar de la jurisdicción indígena en Colombia: de la jurisprudencia de las cortes colombianas a la cárcel. En C. A. Sierra Castillo, M. Mendoza Molina, P. Bustos Benitez, G. Paredes Alvarez, V. Villamarin Mor , A. Ramos Vega, M. Tirado Acero, Pluralismo jurídico y derechos humanos: perspectivas críticas desde la política criminal (págs. 149-187). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Hernández Jiménez, N. (2018). El fracaso de la resocialización en Colombia. Revista de Derecho, Universidad del Norte, 49, 1-41.

Kymlicka, W. (1996). Ciudadanía multicultural. Buenos Aires: Editorial Paidos.

Kymlicka, W. (2003). La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía. (T. Fernández, & B. Eguibar, Trads.) Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, S.A.

Kymlicka, W. (2003). La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía. Barcelona: Paidos.

Kymlicka, W. (2018). Liberal multiculturalism as a political theory of state-minority relations. Political Theory, 46(1), 81-91.

Larrauri, E. (2018). Introducción a la criminología y al sistema penal. Madrid: Editorial Trotta.

Laurent, V. (2005). Comunidades indígenas, espacios políticos y movilización electoral en Colombia, 1990-1998. Bogotá: Instituto Francés de Estudios Andinos, Instituto Colombiano de Antropología e Historia.

Lemaitre Ripoll, J. (2009). El derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.

Medina Villarreal, S., Gutiérrez Quevedo, M., & Forero, L. M. (2016). Situación de indígenas privados de la libertad en establecimientos carcelarios: propuestas para un pluralismo jurídico igualitario. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho.

Mignolo, W. (2020). Memoria y reflexiones en torno de la de/colonialidad del poder. Política de la Memoria, 20, 79-96.

Ministerio de Justicia y del Derecho. (2014). Lineamientos para el fortalecimiento de la política penitenciaria en Colombia. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho.

Mir Puig, S. (1982). Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho. Barcelona: BOSCH, Casa Editorial, S.A.
Mir Puig, S. (1989). ¿Qué queda en pie de la resocialización? Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, 2, 35-41.

Mir Puig, S. (2011). Derecho penal. Parte General. Barcelona: Editorial Reppertor.

Muelas Hurtado, L. (2011). La Constitución Política de 1991 y los pueblos indígenas. En G. Nemogá Soto (Ed.), Naciones Indígenas en los Estados Contemporáneos (págs. 37-48). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Muñoz Conde , F., & García Arán, M. (2012). Derecho Penal. Parte General. México: Tirant Lo Blanch.

Muñoz Conde, F. (1979). La resocialización de delincuente. Análisis y crítica de un mito. Universidad Autónoma de Barcelona: Seminario hispano-germano sobre la reforma del derecho penal.

Organización Nacional Indígena de Colombia. (20 de Octubre de 2021). ONIC. Obtenido de Pueblos Indígenas de Colombia: https://www.onic.org.co/pueblos

Organización Nacional Indígena de Colombia. (2007). Derechos de los pueblos indígenas y sistemas de jurisdicción propia. Bogotá: ONIC.

Pablos de Molina, A. (2008). Crimonología. Fundamentos y principios para el estudio científico del delito, la prevención de la criminalidad y el tratamiento al delincuente. Arequipa: Instituto peruano de criminología y ciencias penales.

Palacios, M. (2003). Entre la legitimidad y la violencia: Colombia 1875-1994. Bogotá: Norma.

Parekh, B. (2005). Repensando el multiculturalismo. Madrid: Ediciones Istmo, S.A.

Parekh, B. (2019). Ethnocentric political theory: The pursuit of flawed universals. Cham, Switzerland: Springer Nature.

Perafán Simmonds, C. C., Azcárate García, L. J., & Zea Sjoberg, H. (2000). Sistema jurídicos: tukano, chamí, guambiano y sikuani. Bogotá: Ministerio de Cultura, Instituto colombiano de antropología e historia.
Quijano, A. (2014). Colonialidad del poder y clasificación social. En A. Quijano, & D. Assis Clímaco (Ed.), Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder (págs. 285-327). Buenos Aires: CLACSO.

Rappaport, J. (2003). El imaginario de una nación pluralista: los intelectuales públicos y la jurisdicción especial indígena en Colombia. Revista Colombiana de Antropología, 39, 105-138.

Robles Zamarripa, J. R. (2020). Pueblos originarios, abismalidad y desafíos al y desde el pluralismo jurídico. En C. Rivera Lugo, J. R. Robles Zamarripa, A. Hernández Cervantes, C. Mendoza Antúnez, J. González Quevedo, S. Boueiri Bassil, & B. Rajland, Pluralismo jurídico y normativo. Más allá del derecho permitido del Estado y la Lex Mercatoria de la globalización (págs. 8- 29). Buenos Aires: CLACSO.

Rodríguez, G. (2015). Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia. Luchas, contenido y relaciones. Bogotá: Universidad del Rosario-Facultad de Jurisprudencia.

Rodríguez, G. (2017). Los conflictos ambientales en Colombia en el ejercicio del Derecho Mayor y la Ley de Origen de los pueblos indígenas. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Roldán Ortega, R. (2000). Pueblos indígenas y leyes en Colombia. Aproximación crítica al estudio de su pasado y su presente. Bogotá: Gaia, Coama y OIT.

Roxin, C. (1997). Derecho Penal. Parte general. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito. Tomo I. Madrid: Editorial Civitas.

Roxin, C. (2013). La teoria del delito en la discusión actual. (M. Abanto Vásquez, Trad.) Arequipa: Editora y Librería Jurídica Grijley.

Rueda Soto, M. (2010). Función de ejecución de penas y medidas de seguridad. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.

Ruiz, C. (2019). Teoría de los fines de la pena. En J. y. Bernal Cuellar, Lecciones de derecho penal: parte general (Tercera edición ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

.

Sánchez Botero, E. (2005). Reflexiones en torno de la jurisdicción especial indígena en Colombia. Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 41, 225-250.

Sánchez Botero, E. (2009). La realización del pluralismo jurídico de tipo igualitario en Colombia. Nueva antropología, 22(71), 31-49.

Sánchez Botero, E. (2010). Justicia y pueblos indígenas de Colombia. la tutela como medio para la construcción del entendimiento intercultural. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Instituto Unidad de Inestigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina.

Sánchez Botero, E. (2016). Mundo derecho y poca antropología: el impacto negativo en sociedades étnicas del derecho globalizado. En G. Rodríguez, & G. Lopera, Retos del constitucionalismo pluralista (págs. 27-52). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Sánchez Botero, E., & Jaramillo Sierra, I. C. (2000). La jurisdicción especial indígena. Bogotá: Procuraduría General de la Nación.

Sánchez, B. E. (2001). El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena. En B. d. Santos, & M. García Villegas, El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Tomo II (págs. 5-139). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Santos, B. (1998). La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, ILSA.

Santos, B. (2010). Descolonizar el saber, reinventar el poder. Montevideo: Ediciones Trilce.

Santos, B. d. (2018). Construyendo las epistemologías del sur (Vol. II). (M. P. Meneses, J. A. Nunes, C. Lema Añon, A. Aguiló Bonet, & N. L. Gomes, Edits.) Buenos Aires: CLACO; Fundación Rosa Luxemburgo.

Sieder, R. (2019). Legal Pluralism and Fragmented Sovereignties: Legality and Illegality in Latin América. En R. Sieder, K. Ansolabehere, & T. Alfonso, The Handbook of Law and Society in Latin America (págs. 71-85). New York: Routledge Handbooks.

Sotomayor Acosta, J. O., & Uribe Restrepo, A. M. (2018). Fundamento constitucional y alcances legales del derecho a la reintegración social del condenado. En P. A. Ramírez Barbosa, Desafíos del derecho penal en la sociedad del siglo XXI (págs. 147-186). Bogotá: Universidad Católica, TEMIS.

Tapasco Aricapa, J. S. (2016). Pervivencia del pueblo Embera de Riosucio, Caldas. Cabildo Indígena del Resguardo San Lorenzo.

Taylor, C. (2009). El multiculturalismo y "la política de reconocimiento" (Segunda edición en español ed.). México: Fondo de Cultura Económica.

Tubino, F. (2015). La interculturalidad en cuestión. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

UNODC. (2010). Manual de principios básicos y prácticas prometedores en la aplicación de medidas sustitutivas del encarcelamiento. Nueva York: Naciones Unidas.

Uprimny Yepes, R., & Sánchez Duque, L. (2012). Constitución de 1991, justicia constitucional y cambio democrático: un balance dos décadas después. Colombia Tierra de peleas: El/los conflicto/s en el corazón de la sociedad, 33-53.

Uprimny, R. (2011). Las trasnformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. En R. Gargarella, & P. Bergallo, El derecho en América Latina: un mapa del pensamiento jurídico del siglo XXI (págs. 109-137). Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores S.A.

Velásquez Velásquez, F. (2021). Fundamentos de derecho penal (Cuarta ed.). Bogotá: Tirant lo blach.

Walsh, C. (15 de Octubre de 2020). Repositorio Universidad Andina Simón Bolivar-Ecuador. Obtenido de https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/543/1/RAA-02-Walsh-Interculturalidad%20reformas%20constitucionales%20y%20pluralismo.pdf

Walsh, C. (2002). Interculturalidad, Reformas constitucionales y pluralismo jurídico. Aportes Andinos No.2, 1-6.

Walsh, C. (2009). Interculturalidad, Estado, Sociedad. Luchas decoloniales de nuestra época. Quito: Universidad Andina SImón Bolívar/ Abya- Yala.

Walsh, C. (2012). Interculturalidad crítica y (de) colonialidad. Ensayos desde Abya Yala. Quito: Ediciones Abya -Yala.

Walsh, C. (2018). Interculturality and decoloniality. En C. Walsh, & W. D. Mignolo, On decoloniality: concepts, analytics, praxis (págs. 57-80). United States of América: Duke University Press.

Wolkmer, A. (2018). Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho. (Segunda edición ed.). Madrid: Editorial Dykinson.

Wolkmer, A. C., & Machado Fagundes, L. (2019). Interculturalidade e plurijuridicidade: elementos para a criticidade jurídica desde América Latina. En M. Benente, & M. Navas Alvear (Edits.), Derecho, conflicto social y emancipación: Entre la depresión y la esperanza (págs. 157-174). Buenos Aires: CLACSO.

Wolkmer, A. C., & S Wolkmer, M. d. (2017). Pluralismo jurídico y constitucionalismo emancipador desde el Sur. Revista ALERTANET, 25-38.

Yrigoyen Fajardo, R. (2004). Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. Revista el Otro Derecho, 171-196.

Yrigoyen Fajardo, R. (2012). Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista. En H. Ahrens, El Estado de derecho hoy en América Latina. Libro en homenaje a Horst Schönbohm (págs. 171-193). Ciudad de México: Fundación Konrad Adenauer.

Yrigoyen Fajardo, R. (2017). ¿Qué es el pluralismo jurídico igualitario? Revista ALERTANET, 10-15.

Yrigoyen Fajardo, R. Z. (2011). El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la desconolonización. En C. Rodríguez, El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI (págs. 139-159). Buenos Aires.

Zaffaroni, E. (1997). La filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo. THEMIS Revista de derecho, 35, 179-191.

Zaffaroni, R. (2009). Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal. En Derechos ancestrales. Justicia en contextos plurinacionales (págs. 99-121). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Zalaquett Daher, J. (2008). La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. (C. Iriarte, Ed.) Anuario de Derechos Humanos, 139-148.