




ESCUELA DE POSGRADOS

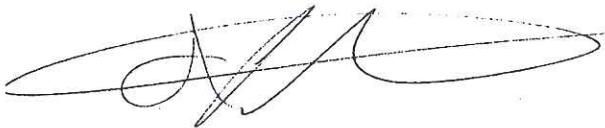
ESPECIALIZACION EN DERECHO ADMINISTRATIVO  
ACTA DE SUSTENTACION No. 0201

En Cali, a los veintisiete (27) días del mes agosto del año 2014, en el Campus Virtual de la Universidad Santiago de Cali, se reunieron los Doctores **LAURA INES TORO HERNANDEZ** en calidad de evaluadora y la estudiante **ELVIA PATRICIA SANCHEZ TOBAR, CC 38465759** autora del ensayo titulado **“ANÁLISIS CONSTITUCIONAL SOBRE LA ATENCIÓN DEL INDÍGENA AFECTADO EN SU EQUILIBRIO Y ARMONÍA E INFRINGE LA LEY COMUNITARIA EN LA COMUNIDAD NASA DEL NORTE DEL CAUCA”**.

Inicialmente el (los) autor (es) hizo (cieron) una exposición de su trabajo explicando el contenido y el método investigativo; luego los jurados interrogaron ampliamente a los alumnos sobre el tema y sus respuestas fueron satisfactorias, razón por la cual le fue dada la aprobación al trabajo y declarado debidamente sustentado.

Se declara entonces cumplido con el requisito legal del Trabajo de Grado.

  
**LAURA INES TORO HERNANDEZ**  
Evaluador



**ANDRÉS FELIPE CANO STERLING**  
Director Posgrado en Derecho Administrativo Virtual

  
**USC**  
**UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI**  
**DIRECTOR POSGRADO**



**EXTENSIÓN UNIVERSITARIA**  
FORMULACIÓN Y DESARROLLO DE PROYECTOS DE CAPACITACIÓN, ASesoría, CONSULTORÍA, VEEDURÍA, ASISTENCIA TÉCNICA E INTERVENTORÍA REQUERIDOS POR EL SECTOR PÚBLICO Y PRIVADO.  
**BIENESTAR UNIVERSITARIO**  
SERVICIO DE SALUD, CONSULTA EXTERNA MÉDICA Y PSICOLÓGICA  
**LABORATORIOS**  
PRESTACIÓN DE SERVICIO DE LABORATORIO PARA CALIBRACIÓN DE EQUIPOS



ESCUELA DE POSGRADOS

NOTA DE ACEPTACIÓN

ELVIA PATRICIA SANCHEZ TOBAR

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_



*[Handwritten signature]*

Evaluador Trabajo de Grado

*[Handwritten signature]*

Director Posgrado en Derecho Administrativo Virtual



EXTENSIÓN UNIVERSITARIA  
FORMULACIÓN Y DESARROLLO DE PROYECTOS DE CAPACITACIÓN, ASesoría,  
CONSULTORÍA, SEGURIDAD, ASISTENCIA TÉCNICA E INTERVENTORÍA REQUERIDOS  
POR EL SECTOR PÚBLICO Y PRIVADO.  
BIENESTAR UNIVERSITARIO  
SERVICIO DE SALUD, CONSULTA EXTERNA MED-CA Y PSICOLÓGICA  
LABORATORIOS  
PRESTACIÓN DE SERVICIO DE LABORATORIO  
PARA CALIBRACIÓN DE EQUIPOS

**ANÁLISIS CONSTITUCIONAL SOBRE LA ATENCIÓN DEL INDÍGENA  
AFECTADO EN SU EQUILIBRIO Y ARMONÍA E INFRINGE LA LEY  
COMUNITARIA EN LA COMUNIDAD NASA DEL NORTE DEL CAUCA**

---

***ELVIA PATRICIA SANCHEZ TOBAR***

***UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI  
FACULTAD DE DERECHO  
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO  
2014***

## CONTENIDO

	<b>Pág.</b>
<b>INTRODUCCION</b>	<b>3</b>
<b>1. PLANTAMIENTO DEL PROBLEMA</b>	<b>6</b>
<b>2. HIPOTESIS</b>	<b>7</b>
<b>3. OBJETIVOS</b>	<b>8</b>
<b>3.1. OBJETIVO GENERAL</b>	<b>8</b>
<b>3.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS</b>	<b>8</b>
<b>4. JUSTIFICACION DEL PROBLEMA</b>	<b>9</b>
<b>Marco Teórico</b>	<b>11</b>
<b>Marco Jurídico</b>	<b>14</b>
<b>Marco Conceptual</b>	<b>17</b>
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>32</b>
<b>10. BIBLIOGRAFIA</b>	<b>35</b>

## INTRODUCCION

Desde comienzos de nuestra historia, con la colonización, cuando la Iglesia Católica convenció teológicamente a la Corona Española sobre el valor humano de los indígenas demostrando su valor como persona, se han dictado normas protectoras de los procesos indígenas, normas en las que se basa la jurisdicción indígena para la protección de sus propios procesos.

Los indígenas quedaron al margen de la "legislación general" de la República, bajo la tutela de las misiones católicas, y fueron considerados como "menores de edad" en lo que atañe al régimen civil y penal de la Nación (ley 89 de 1890); por medio de muchas luchas poco a poco desaparece dicha concepción, no solo a nivel local sino también a nivel nacional e internacional.

Hoy la reclamación indígena tiene sus orígenes en diversos procesos históricos y sociales, cuyos cambios principales consistieron en terminar con la vaga concepción del indígena como salvaje e incapaz mental, aunque la ley mantenga una percepción negativa de los pueblos indígenas --como "semicivilizados" o salvajes". Así mismo se consolida el manejo indirecto de los pueblos indígenas --al estilo colonial-- mediante el reconocimiento de sus cabildos y de sus tierras en forma colectiva, mientras que se procedía a su disolución definitiva. En este sentido la Constitución de 1991 fue el aporte jurídico-político a una problemática cultural donde se reconoció y se exaltó la diversidad étnica de las naciones, porque contribuyó a que se abrieran nuevos espacios para las comunidades indígenas en el territorio colombiano.

Por tal motivo, nosotras como estudiantes de derecho, pretendemos con esta investigación indagar las diferencias entre el tratamiento penitenciario que ofrece el sistema colombiano a los indígenas y el establecido por los miembros de la comunidad indígena, puesto que creemos que este no se ajusta a la cosmovisión y planes de vida de los indígenas.

En tal sentido, ha sostenido la Corte Constitucional:

los dos factores son importantes a la hora de establecer cuándo adquieren Competencia las autoridades indígenas para definir un asunto que afecta el bienestar de la comunidad: uno es el factor personal, es decir la circunstancia de que la persona que va a ser juzgada pertenezca a la comunidad indígena respectiva, pues es precisamente tal pertenencia la que concede la identidad cultural que genera el fuero especial; el otro factor es el territorial, vale decir, el hecho de que la situación que se va a juzgar haya tenido lugar dentro de la comunidad indígena. En consecuencia, ha concluido la Corte que para que opere la jurisdicción indígena es imprescindible que la conducta sometida a su conocimiento pueda ser reconducida a un ámbito cultural, en razón de la calidad de los sujetos activos y pasivos, del territorio en donde tuvo ocurrencia, y de la existencia en el mismo de una autoridad tradicional con vocación para ejercer la jurisdicción de acuerdo con las normas y procedimientos de la comunidad”.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-1294 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

## **1. PLANTAMIENTO DEL PROBLEMA**

**1.1. Área del conocimiento:** Derecho Público

**1.2. Tema al que pertenece:** Derecho Constitucional

**1.3. Formulación del Problema.**

Colombia es un Estado social de Derecho el cual reconoce y protege la diversidad étnica y cultural<sup>2</sup> a partir de la Constitución Política de 1991, donde se manifiesta el amparo a la variedad étnica y cultural, como también el reconocimiento a la Jurisdicción Indígena con el carácter de especial.

El nuevo modelo de Estado establecido con la Carta Política de 1991, exige la coordinación y coexistencia armónica de diversos conceptos que pueden ser antagónicos, como las diferencias que se presentan entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Especial Indígena respecto del tratamiento al que es sometido el indígena delincuente, puesto que la Jurisdicción Penal Ordinaria ignora el tipo de tratamiento que la Jurisdicción Penal Especial Indígena da a su población.

La contradicción es grande, especialmente si vemos que el Estado Colombiano, al reconocer constitucionalmente la pluralidad étnica y cultural, estableció una nueva visión del Estado donde el valor a las diferencias de cada ser humano como un individuo con particularidades específicas para su propia conciencia, con valores específicos como la tolerancia y el respeto por lo diferente, se convierten en imperiosos dentro de una sociedad que se fortalece en la diversidad, lo que implica su respeto y fortalecimiento.

De acuerdo a lo anterior, es preciso demostrar que a pesar que se ha avanzado en el reconocimiento de la autoridad indígena para el juzgamiento y

---

<sup>2</sup> Colombia Constitución Política, artículos 1 y 7.

tratamiento penitenciario de los miembros de la Comunidad Indígena, aún falta por superar los casos de Terrorismo y Orden público, donde el actual gobierno, en defensa de su soberanía y en sus programas de gobierno, como es el de Seguridad democrática, desconoce la autonomía de la Jurisdicción Indígena para juzgar a los Indígenas por dichos delitos sin tener las condiciones adecuadas en los centros penitenciarios y de confinación, que fortalezca su cultura, y no adquieran “malas mañas”..

El tipo de trato y de sanción que tiene un sujeto condenado por homicidio en la Jurisdicción Especial Indígena, al que tiene un condenado en la Jurisdicción Penal Ordinaria es diferente; en la Jurisdicción Especial Indígena la sanción para dicho sujeto radicaría en restablecer el equilibrio espiritual y forjar la reparación a la familia del occiso por parte del infractor, como por ejemplo dedicarse a la crianza de los hijos del difunto, mientras que en la Jurisdicción Penal Ordinaria la sanción radicaría en privarlo de la libertad en un Centro Penitenciario y Carcelario como sanción a su infracción, obviando la verdadera reparación a las víctimas del infractor.

Actualmente la organización Indígena –ACIN- estructura el proyecto “Retorno a casa” en el cual buscan la resocialización de los miembros infractores para que no sean juzgados por la jurisdicción Ordinaria por el delito de rebelión y/o terrorismo y subversión (no es aplicable para los delitos de lesa humanidad) sino por los miembros del cabildo, donde de acuerdo a la autonomía administrativa delegada por la constitución de 1991, el juicio se realice con sus ritos y costumbres.

El anterior proyecto es apoyado por la Defensoría del Pueblo, el Alto Comisionado para la Paz, la Cruz Roja Internacional, la ONG Pax Cristi, organismos humanitarios y universidades, Cabe resaltar la participación de la Universidad de San Buenaventura Cali, brindando un apoyo logístico e interinstitucional a la comunidad de Toribio-Cauca.

Con fundamento en lo anterior, el problema se formula bajo la siguiente pregunta:

El tratamiento penitenciario al que el Estado Colombiano somete a los infractores indígenas de la Ley Penal Ordinaria, ¿Se ajusta al principio de la Cosmovisión Indígena del Equilibrio Espiritual?

## 2. HIPOTESIS

Es importante plantear este interrogante, dado que en el ámbito Jurídico y Político del Estado Social de Derecho, los colombianos somos sujetos de derechos, deberes y garantías; por ello se configura la necesidad de reconocer las particularidades, las identidades y estilos de vida de cada persona y comunidad, como quiera que Colombia es una Nación Pluricultural, lo que implica la obligatoriedad de brindar los mecanismos de protección que garanticen una efectiva y verdadera defensa a los derechos fundamentales; por tanto la Constitución Política de 1991, al reconocer la especialidad y autonomía de la Jurisdicción Indígena, brindó la posibilidad de que ellos mismos se autorregularan de acuerdo a sus usos y costumbres.

Esto significa una especialidad única que permite a los pueblos indígenas tener y ejercer una legislación propia acorde a su cultura, por lo que, la Jurisdicción Penal Ordinaria en los casos de infracción al tipo penal de narcotráfico y orden público por parte de un miembro de la comunidad indígena, en pro de la soberanía estatal, al castigar al indígena infractor, contrariaría el reconocimiento a la autonomía administrativa y jurisdiccional de los pueblos indígenas que la Constitución Colombiana de 1991 otorgó.

Según Ronaldo Tamayo Salmoran La Constitución Política de 1991 reconoció en la Comunidad Indígena la forma de resolver sus conflictos sociales, exigiendo como presupuesto un trato igual, reconociendo la autonomía moral propia de esta comunidad<sup>3</sup>; el Estado como sistema democrático, de acuerdo a la comunidad política, existe debido a una distribución de derechos y dignidades reconocidos en todos sus nacionales.<sup>4</sup>

Por lo anterior es de suma importancia analizar la norma constitucional (Artículo 246) que reconoce la preponderancia de la Autonomía Jurisdiccional en las comunidades indígenas, y les da la garantía de un trato igualitario, debido a la

---

<sup>3</sup> *Teoría General del Estado y Filosofía del Derecho.*

<sup>4</sup> *Filosofía y Sociología Jurídicas: Perspectiva para el Próximo Milenio.* Bogota, 1997, p. 49.

fuerte discriminación a la que en una época fueron sometidos y, más que la equiparación de un trato igualitario al de los demás nacionales, se habla del reconocimiento a un trato especial que no raya o vaya en contra de la generalidad que implica la igualdad, puesto que son pueblos que por su riqueza cultural, espiritual y moral merecieron que el legislador les reconociera el carácter de especial, establecido en la Jurisdicción Indígena la cual les otorga autonomía Administrativa, Política y jurisdiccional.

A pesar de este reconocimiento la Jurisdicción Especial Indígena, debería trabajar mancomunadamente con la Jurisdicción Ordinaria, aspecto en el que se ha observado la falta de coordinación entre los Principios Rectores de ambas jurisdicciones, originando un conflicto cultural y legal respecto a las formas de llevar un proceso, sancionar y manejar la rehabilitación de la persona (Indígena) y facilitar una resocialización adecuada y apta que permita nuevamente la integración con los otros miembros de la comunidad

Por lo anterior se quiere determinar la eficacia del cumplimiento al mandato constitucional del trabajo coordinado que deben llevar ambas Jurisdicciones en materia Jurídica-Penal centrándonos específicamente en el tratamiento resocializador que ambas Jurisdicciones dan al Indígena, en el sentido de cumplir con la verdadera función resocializadora que tiene el poder del castigo como sanción.

### **3. OBJETIVOS**

#### **3.1. OBJETIVO GENERAL.**

- Establecer los puntos de coordinación entre la jurisdicción penal ordinaria y la jurisdicción penal especial indígena para el tratamiento del indígena delinciente.

#### **3.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS.**

- Determinar los efectos del poder de castigo a las infracciones de la ley, en la Jurisdicción Penal Ordinaria y en la Jurisdicción Penal Especial Indígena.
- Establecer la Paradoja del Estado Pluralista versus el Estado Unitario.
- Identificar la importancia que tiene el integrar de una manera coordinada el proceso de resocialización del indígena delinciente en la Jurisdicción Especial Indígena.

#### 4. JUSTIFICACION DEL PROBLEMA

En materia Penal y Penitenciaria en lo que refiere al tratamiento resocializador del Indígena delincuyente, la relación entre la Jurisdicción Penal Ordinaria y la Jurisdicción Penal Especial Indígena es antagónica. La Corte Constitucional por medio de jurisprudencia, ha resuelto las diferencias que surgen entre ambas Jurisdicciones, con criterios abiertos, donde la protección constitucional a la autonomía ha sido reconocida por esta corte.

Según la Sentencia SU- 039 de 1997 afirmó:

“para la Corte los indígenas han dejado de ser una realidad fáctica, pasando a ser sujetos de derechos fundamentales. La Constitución reconoce que hay formas de vida social diferentes y debe otorgarse a estas comunidades personerías sustantivas, pues es eso lo que confiere estatus para gozar de los derechos fundamentales y exigir protección.”

Estableciendo las relaciones interculturales dentro del principio de maximización de autonomía y minimización de restricciones, organizando unos parámetros para ser Juzgados dentro de su Jurisdicción y no por fuera de ella, para establecer cuándo adquieren competencia las autoridades indígenas y definir un asunto que afecta el bienestar de la comunidad esos elementos son:

1. Es el factor personal, es decir la circunstancia de que la persona que va a ser juzgada pertenezca a la comunidad indígena respectiva, pues es precisamente tal pertenencia la que concede la identidad cultural que genera el fuero especial.
2. Factor territorial, es el hecho de que la situación que se va a juzgar haya tenido lugar dentro de la comunidad indígena.

En consecuencia, ha concluido la Corte que para que opere la jurisdicción indígena es imprescindible que la conducta sometida a su conocimiento pueda ser reconducida a un ámbito cultural, en razón de la calidad de los

sujetos activos y pasivos, del territorio en donde tuvo ocurrencia, y de la existencia en el mismo de una autoridad tradicional con vocación para ejercer la jurisdicción de acuerdo con las normas y procedimientos de la comunidad. (T- 1070 de 2005 M. P. Rodrigo Escobar Gil).<sup>5</sup>

En el año 2005 la Corte Constitucional, solicitó a la comunidad Paéz, a través del Centro Regional Indígena del Cauca, en coordinación con el Programa de Derechos Humanos, la siguiente información:

1. ¿Dentro de los usos y costumbres de la comunidad Páez, y dentro de su sistema penal, específicamente en el Cabildo Indígena de Pioyá, San Antonio, existe como castigo por la comisión de un homicidio, la pena privativa de la libertad por cuarenta años?
2. ¿Cuáles son las sanciones que a la luz de los usos y costumbres de esa comunidad se aplican por los delitos de homicidio simple y homicidio agravado, y cuándo se considera que el homicidio es agravado?
3. ¿Cuenta la Comunidad Páez con un centro de reclusión apropiado para las personas que cometen este tipo de delitos y son condenadas a estas penas? ¿En caso contrario, dónde son purgadas tales condenas a la usanza de la comunidad?
4. ¿Existe dentro de los usos y costumbres de esa comunidad indígena algún beneficio similar a los contemplados en el Código Penal, que le permita a los condenados redimir parte de su condena o revisar la pena impuesta?<sup>6</sup>

En respuesta al anterior requerimiento, el Coordinador del Programa de Derechos Humanos del Consejo Regional Indígena del Cauca –CRIC-, rindió ante la Corte el siguiente informe:

-La aplicación de penas privativas de la libertad surgió a partir del año 1999 cuando una Junta Directiva del Consejo Regional Indígena del Cauca – CRIC- se planteó la necesidad de establecer acuerdos o convenios con el

---

<sup>5</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-1070 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>6</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-1294 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Instituto Nacional Penitenciario INPEC con el fin de recluir a indígenas condenados por sus autoridades propias por la comisión de conductas que afectaren gravemente el orden social y cultural. En esta época se estableció que la imposición de penas privativas de la libertad solo procedería en aquellos casos en los que el infractor de las normas comunitarias no pudiese ser objeto de las penas tradicionales tales como el cepo, el juete o el destierro, por ejemplo indígenas que hubieran cometido dos (2) o más homicidios.

-El documento subraya que la iniciativa fue incluida en el proyecto de ley estatutaria por medio del cual se establecen los principios, criterios fundamentales y los mecanismos de coordinación entre las Autoridades Indígenas y el Sistema Judicial Nacional, de conformidad con el artículo 246 de la Constitución Política de Colombia, presentado por el Honorable senador Jesús Enrique Piñacué. En este proyecto de ley se optó por incluir un artículo que permita facultar a las autoridades indígenas para celebrar convenios con el INPEC que a su tenor dice: 'Artículo 14. Convenios. Las autoridades indígenas podrán suscribir convenios con el Instituto Nacional Penitenciario INPEC, o quien haga sus veces, con el objeto de la prestación del servicio de reclusión en las penitenciarías administradas por esa institución y para el caso de la entrega en custodia de los miembros de los pueblos indígenas.

-Esta medida se adoptó con la finalidad de recluir a los indígenas que por la gravedad de sus faltas no pudiesen ser sometidos a las sanciones tradicionales, o que habiendo sido sometido a ellas reincidiesen en conductas que alterasen el orden social comunitario.

-Los indígenas que han sido objeto de la aplicación de este uso cometieron delitos considerados graves por su comunidad, generalmente fueron homicidios múltiples, homicidios agravados con sevicia contra autoridades Indígenas, infanticidio y violaciones sexuales.

-La aplicación de la medida de reclusión se restringe solo a conductas que afecten gravemente el orden social y no es permitido aplicarla para otro tipo de conductas, que puedan ser tratadas con los remedios tradicionales.

-La razón de ser de la adopción de este uso obedeció a que se presentaron una serie de casos cometidos por miembros o ex miembros de grupos

armados al margen de la Ley, delincuencia común, varios casos de violaciones sexuales y homicidios.

-En relación con la segunda pregunta, manifestó que en el resguardo de Pioyá se aplican medidas correccionales tales como el cepo, el juete, el trabajo forzado y el destierro en el caso de homicidio simple y algunos de los considerados agravados, según el Código Penal. Sin embargo, existen casos como la comisión de varios homicidios, que son considerados gravísimos, porque afectan al conjunto de la comunidad, que no podría estar tranquila sabiendo que sin mediar motivo, cualquier miembro de la comunidad podría ser asesinado. Las medidas correccionales propias no permiten proteger la integridad física de cada uno de los miembros de la comunidad, máxime cuando los autores de estas conductas, generalmente, desafían a sus autoridades e incluso amenazan con asesinarles en caso de sancionarlos. Cuando sucede estos casos si se dirigen los delincuentes al Centro Penitenciario.

Para el tercer interrogante señaló, que las comunidades indígenas no cuentan con un centro penitenciario propio, sin embargo en la Penitenciaría existe un proyecto del INPEC para adecuar un sitio que se recluya allí a todos los indígenas. Existe además un proyecto para construir un centro de reclusión indígena, cuya financiación se está gestionando a nivel internacional. Los convenios que se han firmado con el INPEC obligan a los Cabildos a visitar a los internos periódicamente con el fin que no pierda contacto con su cultura propia.

-A la cuarta pregunta respondió que existen antecedentes de rebaja de penas y concesión de libertad antes del cumplimiento de la sanción impuesta por existir arrepentimiento y buena conducta del recluso. Recientemente Arley Dagua, autor confeso de cuatro homicidios y del intento de asesinato fue puesto en libertad por el Cabildo de Corinto, faltándole treinta y cinco años para cumplir la pena impuesta. En caso de reincidir en otra falta contra la comunidad sería regresado a la Penitenciaría a cumplir la totalidad de la pena. Los hermanos Quintero han solicitado una rebaja de pena, la cual está siendo estudiada por el Cabildo de Belalcázar Centro.

-Recabó en que en la medida que este uso se convierta en costumbre se unificarán los criterios para la imposición de la pena y las circunstancias que ameriten una rebaja de penas o la libertad, sin embargo mientras este

proceso social se surte, los jueces constitucionales mediante los fallos de tutela pueden otorgar estos beneficios a los reclusos indígenas sin que afecte la autonomía jurisdiccional de las autoridades indígenas, aplicando directamente el artículo 246 de la Constitución Política. La adopción de esta medida mediante los fallos de tutela no contraviene el orden constitucional y por el contrario se adecua a él, ya que el artículo constitucional establece como condición que las decisiones indígenas no deben contravenir la Constitución o la ley. Otorgar estos beneficios de rebaja de penas o la concesión de libertad acogiendo los criterios señalados en el Código Penal y de Procedimiento Penal no afecta la autonomía indígena y por el contrario garantiza los derechos de los reclusos indígenas que se encuentran condenados por sus autoridades propias, dándoles iguales derechos que a los indígenas condenados por las autoridades judiciales ordinarias, que son muchos mas que los condenados por autoridades indígenas.”<sup>7</sup>

En la Constitución, por expresa disposición del artículo 246, los miembros de las comunidades indígenas tienen derecho a ser juzgados por sus autoridades en el ámbito territorial donde estas ejercen jurisdicción, conforme a las normas y procedimientos propios y con sujeción a las garantías mínimas del debido proceso, pero siempre y cuando sea en coordinación y coherencia a la constitución y las leyes de Colombia, por eso es inconsecuente que existiendo el mandato Constitucional, se tenga que acudir a las fuentes auxiliares del derecho como las sentencias judiciales o la costumbre para que en la medida que este uso se convierta en tal que se logren unificar los criterios para la imposición de la pena y así lograr esta coordinación porque en la práctica dicha coordinación no se da.

Actualmente el INPEC, con fundamento en la sentencia T-1294 de 2005, está liderando un proyecto para que los internos Indígenas cuenten con un centro penitenciario propio o por lo menos la adecuación en las cárceles del país de un sitio en el que se recluya allí a todos los indígenas no ha sido puesto en marcha y aquellos indígenas que han sido sometidos al castigo como sanción por parte de la Jurisdicción Ordinaria no tienen ningún pabellón especial que

---

<sup>7</sup> *Ibíd.*

permita la resocialización del indígena de acuerdo a sus costumbres y principios morales, para que este no pierda sus raíces culturales puesto que es bien sabido que la subcultura carcelaria genera, por ser portadora de múltiples problemas, perturbaciones y modificaciones en la personalidad y en la conducta de quienes habitan estos espacios puesto que dentro del penal se percibe, describe, explica y comprende el mundo de acuerdo a unas categorías propias, contexto y tiempo específico<sup>8</sup> que son muy diferentes a las de cualquier comunidad, máxime el de la comunidad Indígena.

Por lo anterior, mediante este trabajo de investigación se realizará un estudio acerca de cómo el tratamiento que se le da al indígena infractor por parte de la Jurisdicción Ordinaria vulnera o no los principios de la Jurisdicción Penal Especial Indígena para la resocialización de sus miembros y reincorporación de estos a la Comunidad Indígena, para ello mediante el trabajo de campo tomaremos como referencia a la Comunidad Indígena congregada en la ACIN (Asociación de Cabildos Del Norte Del Cauca, Cabildo de Toribio) y así determinar desde una perspectiva real como esta Comunidad Jurídicamente Organizada, maneja y resuelve sus conflictos y cómo verdaderamente resocializa al miembro de su comunidad en beneficio de esta misma y de las víctimas del suceso, y qué diferencias y/o beneficios como comunidad han podido notar en aquellos miembros de ésta, a los que la Jurisdicción Penal Ordinaria ha impuesto como sanción y método resocializador la pena privativa de la libertad en los Centros Penitenciarios y Carcelarios del país, y por ende concluir si realmente el proceso resocializador en ambas jurisdicciones está instaurado en coordinación con las Leyes Colombianas y la Jurisdicción Ordinaria tal y como está establecido en el artículo 246 de la Constitución, y en caso contrario desde la academia establecer los puntos de coordinación entre ambas jurisdicciones para garantizar un tratamiento efectivo del Indígena delincuente, y entonces facilitar el lugar o el punto de encuentro en el que ambas jurisdicciones puedan trabajar en forma coordinada.

---

<sup>8</sup> *Significado del Tratamiento Penitenciario*, Tesis de Grado de Psicología. Pontificia Universidad Javeriana, 2006.

## **Marco Teórico.**

En este orden de ideas se pretende dar a conocer como a través de la historia los indígenas han luchado para que se reconozcan como sujetos de derechos lo cual se materializó en la constitución de 1991. Con base en lo anterior, tomaremos como enfoque el Paradigma Crítico, puesto que analizaremos los avances jurídicos- Políticos que los indígenas han obtenido a través de la acción, fundamentados en lo que el constituyente primario le reconoció a través de la constitución, y que aún el legislador no lo ha incluido en la normatividad, presentándose así la ausencia de una ley que regule la coordinación entre ambas jurisdicciones (la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Especial Indígena), ocasionando que el pueblo indígena se vea frecuentemente atropellado y como consecuencia utilice como ultima ratio la acción de Tutela, para que sean protegidos y se hagan valer los derechos fundamentales.

## **Sociología Jurídica:**

Para el reconocimiento de la autonomía de los pueblos indígenas, se toma como base el derecho natural (Ius Naturalismo), el cual según la sociología jurídica para ser reconocido y vinculante debe desarrollarse en el derecho positivo, (Ius Positivismo). En nuestro caso la jurisdicción indígena toma como base para su derecho propio al derecho natural, pero este se ha desarrollado autónomamente en el reconocimiento que ha realizado la Constitución Política de Colombia en sus Artículos 7º y 246.

En este caso se ha utilizado el derecho escrito como instrumento para el desarrollo del derecho natural propio de los pueblos indígenas y el cual ha tomado relevancia e importancia jurídica con el art. 246 especialmente en lo que refiere a la existencia de una actividad jurídica coordinada entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Indígena, lo cual ofrece una mejor

posibilidad de solución a los problemas sociales, jurídicos y políticos de los indígenas, aunque en la contemporaneidad no existe una norma clara y de fácil aplicabilidad que garantice la efectiva coordinación entre ambas jurisdicciones para solucionar los conflictos que surgen, por lo cual es menester la existencia de un trabajo que llegue a plasmar los puntos de coordinación necesarios que permitan en un futuro que esta norma surja a la vida jurídica y se pueda dar la coordinación y armonía entre estas jurisdicciones y así evitar el uso de la Acción de Tutela como único medio para hacer valer sus derechos

Para llevar a cabo dicho proyecto, se realizará un estudio coordinado contando con el apoyo logístico, idóneo y efectivo, de los integrantes de la Asociación de Indígenas del norte del Cauca Congregados en el ACIN, en el municipio de Toribio, apoyados por el Sr. Feliciano Coikue, miembro activo del ACIN. Tomando como base las entrevistas y encuestas de personas indígenas que se encuentran recluidos en centros penitenciarios y reinsertados.

#### **. Marco Jurídico.**

Las normas que se toman como base para realizar la investigación son:

La Constitución Política, investigaciones anteriores tales como, Proyecto de Ley número 35 de 2003 del Senado de la Republica de Colombia por medio del cual se desarrolla el artículo 246 de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones; Pacto de Derechos Humanos de los Indígenas de 2006, sentencias relacionadas con el reconocimiento constitucional sobre la coordinación de ambas jurisdicciones (T-606 de 2001, C-127 de 2003, C-151 de 2003, T-552 de 2003, T-811 de 2004, T-1294 de 2005, C-891 de 2006) y los instrumentos que han surgido de los diferentes encuentros entre los líderes políticos y la comunidad indígena.

## **Marco Conceptual.**

Los conceptos a utilizar en nuestro proyecto de investigación son:

### **Ius Naturalismo:**

Esta escuela Jurídico- Filosófica en lo relacionado con el tema de investigación a tratar, se basa en el derecho natural. Existen diversos tipos de teorías explicativas acerca del derecho natural del ser humano, que se debe a su existencia y el reconocimiento a la bondad divina o a la naturaleza racional del ser humano.<sup>9</sup>

**El Ius Naturalismo Teológico**, apunta a la idea de una igualdad básica de todos los seres humanos, como hijos de un mismo Dios. Esto se expresa la ley natural, como las normas establecidas por Dios, pero podían ser conocidas por la razón humana.<sup>10</sup>

**El Ius Naturalismo Racional**, explica que todos los seres humanos, son iguales en virtud de su naturaleza donde las normas han sido creadas por la razón humana, de donde se deriva los mandamientos divinos.<sup>11</sup>

La igualdad, con fundamento en el Derecho Natural, se desarrolla, ya que este permitió que al ser humano se le mire sin discriminación de raza, sexo o condición y pueda materializar un poder espiritual y moral para establecer, excluir o reivindicar algo; igualmente estos derechos se les ha reconocido por igual a todos los seres que habitan el planeta tierra, que integran todos los valores e ideales éticos que representan decisiones morales y sirven de base para una buena y armónica convivencia pacífica, ya que estos nacen por la necesidad de evitar mayores delitos contra la las personas buscando poner un límite a las injusticias, la dominación, arbitrariedad, por parte de el Estado.

---

<sup>9</sup> Red de Promotores de Derechos Humanos; Derecho a la Igualdad. Defensoría del pueblo. Pág. 40

<sup>10</sup> Íbidem

<sup>11</sup> Íbidem.

Hoy en día encontramos argumentos ius naturalistas que permiten defender los derechos individuales y el anhelo de justicia que ha servido por siglos para mover conciencia y subvertir el orden en procura del progreso y la dignidad del hombre, como por ejemplo la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 que establece la igualdad como derecho natural inalienable e imprescriptible de las personas.<sup>12</sup>

### **Ius Positivismo:**

En esta escuela filosófica- Jurídica podemos apreciar un conjunto de normas establecidas por la autoridad competente, siguiendo ciertos procedimientos determinados para la creación y ratificación de las normas jurídicas en un país y tiempo establecido; esto se puede notar desde la creación de la Constitución pasando por la normatividad general y llegando a la sentencia.

Podemos decir que el derecho positivo es principalmente escrito, donde todas las reglas del derecho se deben cumplir de acuerdo a la norma jurídica establecida por el legislador a través del ordenamiento jurídico, sin tener en cuenta ningún orden moral ni espiritual, en la regulación de la conducta de hombres y mujeres dentro de una sociedad determinada.

Podemos encontrar diferentes clases de Ius Positivismo, al decir de Norberto Bobbio<sup>13</sup>:

**Iuspositivismo Ideológico:** "El Derecho es el Derecho y hay que cumplirlo". El Derecho debe ser obedecido. El derecho es razón suficiente para actuar con toda justificación moral. Una variante del iuspositivismo ideológico es el formalista. Para estos últimos, el Derecho legislado goza de la propiedad de la plenitud hermética, no tiene lagunas. La única interpretación válida del texto legal será la literal. El Derecho es un sistema cerrado y sin lagunas. La interpretación y aplicación textual de la ley es verdadero Derecho. Para ellos, la ley escrita es razón suficiente para actuar con toda justificación moral.

---

<sup>12</sup> *Íbidem.*

<sup>13</sup> Bobbio, Norberto. *El Positivismo Jurídico*. Debate, Madrid, 1998.

**Iuspositivismo Teórico o Realismo Jurídico:** Es la creencia de que el Derecho es el Derecho interpretado por la autoridad competente; el Derecho es lo que los jueces dicen que es. Si bien la ley es razón suficiente para actuar ante la sociedad, faltará ver cual es la última palabra de los jueces -quienes el Estado designaron para interpretar y aclarar la ley- respecto de la legalidad de nuestros actos. Las decisiones de los tribunales son verdadero Derecho.

**Iuspositivismo Metodológico o Conceptual:** Iniciado por Carlos Santiago Nino en su Introducción al análisis del Derecho, es la creencia de que el Derecho debe separarse de la moral sólo para distinguir conceptos y evitar confusiones o ambigüedades. Todo derecho positivo es verdadero derecho, pero puede haber Derechos injustos y el deber de obedecer al Derecho injusto no es necesariamente un deber moral.

En síntesis; se puede decir que para que una norma sea válida, basta con su promulgación por parte del soberano, para el positivista” Solo la sanción del Gobierno, de un Estado soberano, convierte en Derecho vigente una norma o una orden”. El positivismo designa las únicas normas jurídicamente válidas, como aquellas promulgadas o reconocidas por el Gobierno de un Estado soberano en las formas previstas por la constitución (escrita y no Escrita). Según el positivismo jurídico, no hay derecho divino ni derecho natural jurídicamente válido, a menos que el Estado y el Gobierno los reconozcas como tales.

Actualmente las políticas de estado del presente Gobierno “Seguridad Democrática” y en busca de defender la soberanía nacional, en la práctica desconoce la autonomía territorial de los pueblos indígenas consagrada en la Constitución de 1991, justificando que prevalece el interés general sobre el particular, en este caso, sobre las minorías Indígenas.

## **Sociología Jurídica:**

La Sociología del Derecho, también llamada sociología jurídica, es aquella disciplina que estudia los problemas, las implicaciones, y todo aquello concerniente a las relaciones entre el Derecho y la sociedad. A diferencia de la Teoría del Derecho y de la Filosofía jurídica, el principal problema u objeto de estudio de la sociología jurídica es el de la eficacia del derecho.<sup>14</sup>

Esta escuela parte de todos los fenómenos sociales se enmarcan dentro de los fenómenos Jurídicos, ya que los comportamientos, usos y costumbres que rigen en la vida en sociedad son de gran importancia por el surgimiento de las respectivas normas jurídicas que sirven de base para la convivencia de los seres humanos. Esta escuela reitera que el orden social y pacífico es la mejor manera de resolver los conflictos sociales que en un momento dado susciten entre si.

## **ACIN:**

Para la presente investigación, conocer la principal organización indígena es de gran importancia. Por tanto, la ACIN, Asociación de Cabildos Del Norte del Cauca, surge como una Asociación de Cabildos que en el año de 1994, aparece como ente público de carácter especial, en correspondencia con el plan de vida Nasa. Denominados así en razón de su lengua Nasa Yuwe, que hace referencia a todo lo existente, esto demuestra que los Paeces o comunidad NASA son una etnia que ha sido y se continua proyectando como una comunidad muy fuerte desde la llegada de los españoles, la colonización y hasta la época contemporánea, lo que denota gran lucha por mantener sus costumbres, usos y unidad que no es mas que el esfuerzo colectivo social por mantener niveles de unión en los procesos políticos, sociales y económicos, todo eso dado por un principio de armonía – equilibrio cuyo fin es buscar la unidad comunitaria a fin de fortalecer los procesos organizativos y la cohesión

---

<sup>14</sup> Íbidem.

social a través de la educación, la formación y los proyectos productivos, de modo que progresivamente se fuera alcanzando una sociedad nueva, sin vicios, respetuosa de sus propios valores y alejada de la politiquería.

### **Jurisdicción:**

En sentido amplio, jurisdicción es la función del Estado consistente en tutelar y realizar el derecho objetivo diciendo y/o haciendo lo jurídico ante casos concretos, a través de órganos especialmente cualificados para ello; además designa al conjunto de órganos que desempeñan la función jurisdiccional. Dentro de esta aceptación, se distingue entre jurisdicción ordinaria y jurisdicciones especiales.

**Jurisdicción Ordinaria:** Es el conjunto de órganos jurisdiccionales a los que se encomienda el conocimiento y resolución de la generalidad de los procesos, relativos, a su vez, a la cotidianidad de las materias jurídicas (Civil, Familia, Comercial, Laboral, Penal, etc.).

Su labor es permanente y la tarea es administrar justicia en el país. Tiene sus propios principios, objetivos y características así como su organización, previstos y propuestos por la Constitución y la Ley Orgánica.

Los principios que más identifican a esta jurisdicción, son los de unidad, exclusividad e independencia.

Efectivamente, la jurisdicción ordinaria concentra todas las especialidades de la labor jurisdiccional, a diferencia de lo que acontecía en décadas anteriores, que co-existía con fueros privativos como el agrario y el de trabajo. Precisamente por mandato de la Constitución, no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente o separada de la función judicial con excepción de la militar y la arbitral. En función de esa exclusividad no están permitidos procesos judiciales por comisión o delegación.

**Jurisdicciones Especiales:** Son los conjuntos de órganos jurisdiccionales constituidos o dedicados al completo conocimiento y resolución de procesos concernientes a materias y/o sujetos especiales, como es el caso de la comunidad indígena.

La Constitución de 1991 estableció como uno de los principios fundamentales del Estado colombiano el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación (artículo 7). La Corte Constitucional, de manera reiterada, ha señalado que esta clara opción del constituyente, tiene proyecciones sobre la totalidad del ordenamiento jurídico y exige de todas las autoridades públicas una actuación que resulte acorde con la necesidad de promover las condiciones que permitan que ese principio tenga cabal aplicación.

La Constitución contiene desarrollos y especificaciones de ese principio general. Así, en el artículo 70, se reconoce la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país y que son base de la nacionalidad; en el artículo 10, se dispone que las lenguas y dialectos de los grupos étnicos tienen carácter oficial en sus propios territorios; en el artículo 286 se establece el carácter de entidades territoriales de los territorios indígenas, con las consecuencias que ello implica a la luz del artículo 287 y dentro de las condiciones y previsiones especiales contenidas en los artículos 329 y 330 que comprenden, entre otras, la calidad de propiedad colectiva y no enajenable de los resguardos, garantía prevista también en el artículo 63, y el derecho de las comunidades indígenas a gobernarse por autoridades propias según sus usos y costumbres; en los artículos 171 y 176 se consagra una circunscripción electoral especial para la elección de senadores por las comunidades indígenas y se establece la posibilidad de que la ley la establezca para la elección de representantes a la Cámara por los grupos étnicos.

Dentro de esos desarrollos constitucionales cabe destacar el establecimiento de una jurisdicción especial indígena, por virtud de la cual las comunidades indígenas quedan habilitadas para el ejercicio de funciones jurisdiccionales

dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a la ley.

Así, en el citado artículo 246 de la Constitución, se establece la jurisdicción indígena en los siguientes términos:

“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 nacional.”

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional

“[e]l análisis de esta norma muestra los cuatro elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional: la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dichas jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional.”

Además de los anteriores elementos, señala la Sala, es necesario tener en cuenta el presupuesto antropológico que se encuentra en el punto de partida. La jurisdicción especial se establece por la Constitución en beneficio de los pueblos indígenas con el propósito de proteger su identidad. Esto es, para que proceda la jurisdicción indígena es necesario establecer, en primer lugar, que se está frente a una comunidad indígena.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup>Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-552 de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

La investigación se desarrolla en un tipo de estudio jurídico- propositivo ya que por medio de ella pretendemos realizar un análisis sobre la necesidad de establecer los puntos de coordinación entre la Jurisdicción Penal Ordinaria y la Jurisdicción Penal Especial Indígena para el tratamiento del Indígena Delincuente y así sentar las bases que permitan realizar un proyecto de ley que conlleve a la coordinación sistemática y armónica entre ambas jurisdicciones (Jurisdicción Ordinaria y Jurisdicción Especial Indígena) como lo preceptúa el artículo 246 de la Constitución, para así lograr un beneficio en la población en general con miras del desarrollo constitucional.

A continuación se dará a conocer la atención al comunero l indígena infractor de la ley comunitaria

### **Violación de la Ley Comunitaria.**

Para la comunidad Nasa, el infractor de la ley comunitaria ha sufrido un desequilibrio espiritual, es una enfermedad y un padecimiento, ya que el indígena no infringe la ley comunitaria con intención de hacer daño; por lo tanto la sanción no consiste en excluirlo de la comunidad sino introducirlo en ella a través de cierta reduplicación de las prácticas sociales más valoradas por la cultura: El Trabajo. Las faltas se sancionan y compensan trabajando durante varios años para el Cabildo, la comunidad y la familia afectada.

Para la comunidad indígena se presentan problemas en materia civil que vulneran los principios jurídicos de la ley comunitaria; estos problemas se presentan especialmente como: violencia intrafamiliar, alimentos, abandono del hogar, falta de comunicación en la pareja la cual afecta la unidad familiar de la comunidad indígena. Para la solución de estos conflictos los diferentes cabildos realizan talleres y charlas educativas donde participa la comunidad, cuyo propósito consiste en fortalecer la unidad y la armonía familiar considerando que este es un aspecto fundamental en el proceso de desarrollo y resistencia cultural del pueblo indígena.

Así mismo, para la Cosmovisión Indígena la violación a las “normas penales” se configura, como el desequilibrio espiritual mayor y por ende emocional; por ello el castigo impuesto surge como el instrumento material y simbólico que restaura el equilibrio entre los segmentos sociales y preserva la armonía de la comunidad. La sanción o castigo posee dos direcciones: la primera, dirigida a la persona del infractor; la segunda, a la comunidad. Es decir; el infractor a los usos y costumbres “penales” de la comunidad se recupera por medio de un proceso de sanación y no de represión.

La Justicia es la parte viva de los territorios ancestrales manteniendo el equilibrio y la armonía entre el ser humano y la naturaleza. La justicia hace parte de la educación fundamentalmente desde la cosmovisión indígena.

### **La Sanción como Re-equilibrio**

Los castigos corporales como el cepo y el fuste tienen la función de hacer sentir al infractor la sanción social que la conducta le ocasionó a la comunidad y además sirven como disuasión a los demás miembros de la comunidad para prevenir la ocurrencia de nuevas faltas.

Los instrumentos de castigo son sometidos a un examen por parte de la asamblea comunitaria, para que la sanción sea aceptada por los miembros de la familia del condenado, al igual que al segmento social al que pertenece.

De igual manera, en la Jurisdicción Especial Indígena existe la graduación de la sanción o remedio de acuerdo a la gravedad de la falta, teniendo en cuenta las circunstancias, los antecedentes del agresor, la actitud de este frente a sus líderes y frente a la comunidad. La proporcionalidad del remedio surge de un consenso en la comunidad en el que se tienen en cuenta sus principios rectores de convivencia.

Se puede afirmar que el castigo nace de la necesidad de establecer normas a manera de prevención, con el objetivo de re-establecer el orden justo y recuperar al individuo por medio de una sanción y prevenir a los demás miembros de la comunidad del no quebrantamiento de sus propias normas. Es de esta manera como se hace visible una organización en cuanto a normas de política sancionatoria para quienes incurran en faltas. La proporcionalidad del remedio surge de un consenso en la comunidad en el que se tienen en cuenta los anteriores elementos; la costumbre y la tradición oral que puede variar según el caso.

El juicio de valor lo realiza un líder espiritual, no para hacer una adecuación típica, sino para que el sujeto acepte la gravedad y la culpabilidad de la falta. Por otro lado, se hace la salvedad de que estas circunstancias aunque en la Jurisdicción Especial Indígena no se encuentran escritas (positivas), mantienen su carácter taxativo, pues se tiene claridad acerca de las conductas a castigar por la costumbre.

**Fuete.** Es el rayo purificador. Consiste en realizar el número de latigazos en la espalda o en los pies, según recomendación del médico tradicional o de la asamblea comunitaria y lo ejecuta un representante de ella.

**Invisibilidad.** Este remedio se realiza para que el infractor reconozca que la reincidencia en los diferentes delitos no lo conduce por el verdadero equilibrio espiritual, ya que la violación repetitiva a los principios jurídicos y filosóficos establecidos, obligan a la comunidad a aplicarle el “extrañamiento o invisibilidad” para que el comunero recapacite sobre el daño cometido a la comunidad. En el transcurso de ese tiempo no se reconoce como miembro de la comunidad hasta que reconozca el error cometido.

## **Procedimiento de la Jurisdicción Especial Indígena**

A través del tiempo y evolución, la comunidad indígena ha ido desarrollando programas jurídicos que abarcan todos los conflictos sociales que afectan a la comunidad. Muchos son los casos que conoce el programa jurídico que hace de fiscalía, ente de investigador y defensor.

En el programa jurídico del Norte del Cauca hay coordinadores que tienen la facultad y habilidad de investigar, interpretar señas, y sobre todo la parte espiritual. Es el encargado de realizar la acusación ante el Cabildo y así mismo debe defender al acusado, estableciendo el grado de responsabilidad y de inocencia; se enmarca dentro del principio de unidad y reciprocidad comunitaria.

En la comunidad indígena existen principios que sirven como plan de vida para todos los comuneros, de acuerdo a sus usos y costumbres; estos principios son de aplicación general para toda la comunidad, sin embargo; las dinámicas procedimentales varían de acuerdo al contexto y población de cada resguardo indígena. También las diferentes resoluciones administrativas que han estipulado en el tema de Justicia, sin afectar los principios filosóficos. Ejemplo: en el Resguardo de Tóez, el conecedor realiza la noticia criminis, y es el cabildo directamente quien investiga y hace el procedimiento. En el Resguardo de Jambaló la autoridad competente para conocer el tipo de infracción es la Junta de Acción Comunal, la cual se encuentra integrada por miembros nombrados por la comunidad, con conocimientos en normas del derecho propio. Estos realizan un informe de conocimiento al programa jurídico del Resguardo para realizar el respectivo procedimiento. En los casos de desequilibrio ordinario (civil, laboral, familia), problemas de orden comunitario, son resueltos en la mayoría de las veces directamente por el cabildo; a diferencia del desequilibrio mayor (Hurto, Daño en bien Ajeno, delito contra la seguridad estatal, delitos contra el orden público constitucional y la salubridad pública), son infracciones que afectan a toda la comunidad, y por tanto, en la comunidad, en Asamblea, quien toma la decisión.

Por lo anterior estas garantías constitucionales deben entenderse como la suma de principios que tutelan el sistema penal y que tienen por objetivo conferir al individuo que haya infringido la ley penal un marco de seguridad jurídica para llegar a un equilibrio justo entre lo que implica buscar la verdad material y los derechos fundamentales del individuo; por ello el Estado debe cuidar la efectiva protección y respeto a estos derechos que determinan las condiciones mínimas de actuación en la ley penal para obtener con ello las reglas mínimas del proceso penal; actualmente el proceso penal Colombiano se encuentra revestido de garantías constitucionales, denominadas principios de la acción penal, los cuales brindan un marco de seguridad jurídica e instan a que se logre y se mantenga el equilibrio entre lo que es la búsqueda de la verdad material y los derechos fundamentales del individuo, a saber estos principios son<sup>16</sup>: Principio de legalidad y tipo penal; proporcionalidad; tipicidad objetiva; materialidad; antijuridicidad; culpabilidad; razonabilidad; necesidad; prohibición de doble incriminación; analogía; dignidad; igualdad; cosa juzgada; favorabilidad; conocimiento de la ley; sanción penal; taxatividad; prohibición de extractividad de la ley penal; debido proceso legal; oportunidad, que no son sino el desarrollo particular de los artículos 28-34 de la Constitución Política.

### **Poder Sancionatorio en la Constitución Política**

Aunque la Carta Política no define expresamente qué es la pena, y cuáles son sus objetivos, del contexto de las normas de la Carta que reglamentan la punibilidad y los fines del Estado, se infiere toda una filosofía y una política de la pena así:

Las leyes son las condiciones con que hombres independientes y aislados decidieron unirse en sociedad, ante el cansancio de vivir en un perpetuo estado de guerra y que solo les permitía gozar una libertad que se convirtió en inútil por la incertidumbre de poder conservarla; por ello sacrificaron una parte de ella, al permitir la pena como sanción y así poder gozar la restante con

---

<sup>16</sup> GOMEZ LOPEZ, Jesús Orlando. *Tratado de Derecho Penal. La Tipicidad*. Doctrina y Ley. Bogotá, 2005, p. 43.

seguridad y tranquilidad. Cuando los hombres deciden unirse para que determinadas partes de su libertad sean sacrificadas al bien de cada uno constituye la soberanía de una nación, y el soberano es el legítimo depositario y administrador de ella<sup>17</sup>.

Por ello la necesidad fue la causante de que los hombres tuvieran que obligarse a ceder parte de su libertad al poder estatal; sin embargo es claro que cada individuo está dispuesto sólo a entregar una pequeña parte de esta libertad, es decir, solo la parte que sea necesaria para inducir a los demás a defenderlo; estas pequeñas partes que entregan constituyen el derecho y todo lo que se le agregue podría ser abuso y no justicia, lo que nos llevaría a las vías de hecho mas no las de derecho<sup>18</sup>.

El establecer la pena como sanción, implicó que solo a través de las leyes se pudieran decretar los castigos sobre los delitos; esta fue una autoridad que se le concedió al legislador, quien representa a la sociedad; al existir esta representación de la sociedad, se establece que no pueden sino existir leyes que obliguen a todos los miembros por igual y que permitan el resarcimiento de los derechos vulnerados por los infractores de la ley, en aras de una retribución justa a la sociedad.

La palabra principio es una guía, un punto de partida que si bien es deseable, también es relativo según la complejidad, las perplejidades, el caos, la crisis, los hechos que implican que puedan ser desconstruidos, reconstruido y desde luego acompañado por excepciones<sup>19</sup>.

### **La Represión del Delito**

En términos generales la represión del delito es el fundamento retributivo de la pena y se basa en que ésta es la respuesta al daño causado por el autor, es

---

<sup>17</sup> BECCARIA Cesare. *De los Delitos y de las Penas*. Amórtegui, Bogotá, 2001, p. 45.

<sup>18</sup> *Ibíd.*, p. 46.

<sup>19</sup> PÉREZ PINZÓN, Op. Cit., p. 61.

decir, con el mal de la sanción se castiga el mal constituido por el delito, sin que se busque finalidad, aparte del restablecimiento del orden jurídico quebrantado. Retribución, entonces, equivale a imposición del mal (pena) como consecuencia inmediata del perjuicio causado, por el hombre que delinque (delito)<sup>20</sup>.

**La represión del Delito en la Jurisdicción Especial Indígena:** En caso que un comunero presente conductas de ruptura del equilibrio o pérdida de la armonía, la sanción puede implicar el extrañamiento del resguardo. El individuo tiene derecho u obligación de acudir al ritual realizado por el médico espiritual, con el que se le restituye el equilibrio y se le reincorporará a la comunidad; con este proceder se manifiesta que el sujeto trasgresor se hace merecedor a una sanción que busca compensar materialmente el daño causado y al mismo tiempo requiere una terapia ritual que le restaure el equilibrio espiritual perdido.

La prevención especial en la Jurisdicción Especial Indígena se aplica desde el momento en que el sujeto infractor de la Ley comunitaria acepta el error cometido hasta la imposición del remedio o sanción que busca la recuperación del individuo, para que busque ser perdonado y aceptado con respeto por la comunidad; cabe aclarar que la pena de prisión no existe en la comunidad indígena Páez y así mismo se hace evidente la protección que se da al sujeto infractor retribuyéndole con el cumplimiento del castigo, el equilibrio a la comunidad.

**La Represión del Delito en la Jurisdicción Ordinaria.** La represión del delito en la Jurisdicción penal Ordinaria Implica la pérdida de la libertad, la cual conlleva un sufrimiento (pecunario o personal), a quien ha causado daño a otro; pretende evitar la futura reiteración del delito en sentidos particular (respecto al condenado); busca defender a la sociedad de quienes vulneraron intereses jurídicos que a ella pertenecen directa o indirectamente y trata de lograr la reinserción social del condenado después del cumplimiento de la pena. No son,

---

<sup>20</sup> Ib., p.103.

como pudiera pensarse a primera vista, finalidades contradictorias, sino complementarias<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> REYES ECHANDIA, Alfonso. *Obras Completas de Derecho Penal*. Temis, Bogotá, 1998, p. 559.

## CONCLUSIONES

Este trabajo de investigación, constituye el resultado del estudio particular de la cosmovisión de una comunidad indígena y la forma que se resocializa el indígena infractor a la ley comunitaria

La democracia permitió el pluralismo jurídico, coadyuvando al surgimiento de jurisdicciones especiales, las cuales constituyeron diferentes principios jurídicos y filosóficos con respecto a la aplicación de sus normas, fines y funciones determinados especialmente a la pena, y en lo que respecta a la imposición de la sanción de las diferentes conductas contrarias a la ley; como ejemplo de ello, se tomó la Jurisdicción Especial Indígena, la cual es totalmente antagónica a la Jurisdicción Ordinaria; la primera es de naturaleza consuetudinaria con prácticas, rituales y normas ancestrales de convivencia, cuya finalidad primordial es recuperar el equilibrio espiritual perdido con la realización de una conducta equívoca a los principios y leyes comunitarios, mientras que la otra, es de naturaleza exegética y positivista en la norma, busca sancionar mediante la imposición de un castigo, que implica la pérdida de la libertad.

A pesar de la diferencia existente entre ambas jurisdicciones, y la autonomía jurisdiccional que cada una profesa, el Art. 246 de la C.P., de 1991, preceptúa una adecuada coordinación entre estas dos jurisdicciones, especialmente cuando se presentan conflictos en los cuales miembros de la comunidad indígena se ven inmersos en una problemática jurídica perteneciente a la Jurisdicción Ordinaria; lo anterior, sin desconocer que los procesos de aculturación y la consecuente pérdida de identidad han producido el debilitamiento y confusión en el ejercicio de la justicia indígena, llegando al punto de confundirla con la justicia ordinaria, y en ocasiones desconociendo o irrespetando por parte de los miembros encargados de hacer cumplir la ley ordinaria los procedimientos de aplicación de la Justicia Étnica Propia, que incluyen los mecanismos de prevención y de corrección de los comuneros que rompen el equilibrio espiritual existente en cada uno de los miembros de la

colectividad. Debido a ello, las autoridades indígenas, para atender dicha problemática, han creado comités de apoyo jurídico o de justicia para aplicar el derecho propio y establecer relaciones con la justicia ordinaria cuando el caso así lo requiera, consiguiendo una real y verdadera resocialización por parte del infractor de la ley comunitaria, en los casos de orden público y narcotráfico, que son aquellos en los cuales la Jurisdicción Ordinaria interfiere.

## 10. BIBLIOGRAFIA

COLOMBIA. Constitución Política de 1991.

ONU. Pacto sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de 2006

Diccionario Jurídico Espasa-Calpe, Madrid 1999.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencias: T-606 de 2001, C-127 de 2003, C-151 de 2003, T-552 de 2003, T-811 de 2004, T-1294 de 2005, C-891 de 2006.

Uribe Vásquez, Giovanna, ***La Jurisdicción Especial Indígena en el Ordenamiento Jurídico Colombiano: Análisis de la Figura Constitucional desde la Actividad de las Ramas del Poder Público***. Monografía de Grado de Abogada, Universidad de San Buenaventura, Cali, 2003.

Gallon Piedrahita Adriana, ***Discriminación y Marginamiento de los indígenas a la Luz de la Constitución de 1991***. Universidad de San Buenaventura, Cali, 2003.

Llanos Benítez, Paola Andrea, ***Fines Y Funciones de la Pena en la Jurisdicción Ordinaria y en la Jurisdicción Especial Indígena***. Monografía de Grado de Abogada, Universidad de San Buenaventura, Cali, 2005.

Fundación HEMERA, [www.etniasdeColombia.com](http://www.etniasdeColombia.com).

Asociación de Cabildos del Norte Del Cauca. [www.nasaacin.net](http://www.nasaacin.net)

[www.ramajudicial.gov.co](http://www.ramajudicial.gov.co)

COLOMBIA, Ley 21 de 1991.

ONU. OTI. Convenio 169