



**LA RESOCIALIZACIÓN DE LA PENA AL INTERIOR DE LAS COMUNIDADES
INDÍGENAS**

ANDRÉS FELIPE LÓPEZ GÓMEZ

MAESTRÍA EN DERECHO
CONCENTRACIÓN EN DERECHO PROCESAL

ASESOR
DR. YECID ECHEVERRY ENCISO

UNIVERSIDAD ICESI
FACULTAD DE DERECHO - POSGRADOS
SANTIAGO DE CALI – 2017

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	
1. LA RESOCIALIZACIÓN DE LA PENA.....	
2. TEORÍAS ABSOLUTAS.....	
3. TEORÍAS RELATIVAS.....	
4. LA FUNCIÓN DE LA PENA EN EL ÁMBITO COLOMBIANO	
5. EL ESTABLECIMIENTO DEL CAMBIO DE SITIO DE RECLUSIÓN A TERRITORIO INDÍGENA POR VÍA JURISPRUDENCIAL	
6. AUTONOMÍA JURISDICCIONAL INDÍGENA	
7. PROCEDIMIENTO PARA EL CAMBIO DE SITIO DE RECLUSIÓN A TERRITORIO INDÍGENA	
8. CENTRO DE ARMONIZACIÓN FINCA EL TORNE	
9. RESGUARDO INDÍGENA DE HUELLAS	
10. RESULTADO DE LOS DATOS ENCONTRADOS EN ALGUNOS DE LOS JUZGADOS PENALES DEL NORTE DEL CAUCA	
CONCLUSIONES.....	
BIBLIOGRAFÍA.....	

Introducción

El presente trabajo pretende mostrar la figura de la resocialización de la pena y su justificación teórica del derecho occidental para ser contrastada con la noción de remedio, manejada por los indígenas del Cauca, en los Centros de Armonización donde los infractores de la legislación indígena o mestiza purgan sus culpas, por el apartamiento de los preceptos del derecho propio. En esa medida, el ensayo se estructura en Cuatro acápite, en el primero se muestra de donde surge el concepto de resocialización de la pena, haciendo un repaso histórico sobre lo que se ha entendido por sanción, desde los estados teocráticos y absolutistas hasta llegar a la concepción de resocialización como una necesidad socioeconómica y no como un postulado ideológico en pro del hombre, dando origen a las “casas de corrección” en el siglo XVI, para posteriormente incluir en ese desarrollo teórico la idea de idea de prevención y retribución en el estado liberal clásico, gracias a las ideas de los iluministas, puntos se explican las teorías absolutas, entendidas como la imposición de pena por el solo hecho de haber cometido un delito con independencia de los fines de la misma y, de otro lado, las teorías relativas de la pena, en donde lo que se busca, es una utilidad social o individual, o prevención general o especial; en el segundo se aborda la concepción de la pena en el medio colombiano, explicando como la concepción de la pena inmersa en nuestra constitución es una concepción netamente liberal de aquella, y como esta circunstancia se refleja en las disposiciones legales que la reglamentan como es la 65 de 1993, en donde se definen los fines de la pena en cinco aspiraciones, prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado, haciendo un análisis relativo a la declaratoria de estado de cosas inconstitucional en las cárceles del país conforme lo señaló la Corte Constitucional en sus pronunciamientos sobre el tema; el tercero trata concretamente el punto de la resocialización de la pena al interior de los territorios indígenas, empezando por explicar el surgimiento de esta nueva institución jurídica en favor de los pueblos indígenas, con la expedición de la sentencia T-921 de 2013, sentencia fundante de línea, pasando luego a explicar una breve reseña histórica sobre la autonomía indígena en nuestro país, en donde se resalta la lucha que han padecido los pueblos indígenas por lograr la reivindicación de sus creencias y derechos como pueblo sometido y llevado puntos de exterminio, para sobresalir en la historia reciente como pueblos sujetos de derechos a la luz de las interpretaciones recientes internacionales, la Constitución Política de 1991 y la interpretación acorde con dichos fines que hace la Corte Constitucional. En esta tercera etapa del ensayo, se describe el procedimiento que se da en la práctica jurídica para lograr este beneficio del cambio de sitio de reclusión, que documentos se deben aportar, y se aborda finalmente como contribuyen estos centros de armonización indígenas a la resocialización de sus internos; por último se aventuran unas consideraciones finales a manera de conclusión, que permiten resaltar la labor que ha venido siendo desempeñada por los indígenas en sus comunidades, desde la implementación del cambio de sitio der reclusión a territorio indígena con la sentencia T-921 de 2013.

1.- LA RESOCIALIZACIÓN DE LA PENA

Teniendo en cuenta que el tema central de este texto, es la resocialización de la pena al interior de las comunidades indígenas, específicamente, en los centros de armonización, es pertinente en este momento hablar sobre la Resocialización de la Pena, en términos generales, en la teoría clásica del derecho, la doctrina contemporánea, la jurisprudencia y la Ley.

Para ello, debemos primero señalar, que esta acción del Estado, implica que la preceda una actuación del individuo que obliga a la imposición de una sanción, entendida como una retribución justa a una conducta desviada. Así se ha entendido desde los inicios del estado liberal, aunque antes tenía una connotación diferente a la que se tiene hoy en día, en donde habitualmente es considerada un monopolio del Estado, cuya función dependerá del tipo de estado y la forma en la que se conciba el concepto de dignidad humana, que influye directamente en los alcances y maneras que puedan tener dichas penas.

Por ello nos referiremos brevemente a la forma en que se aplicaban los castigos en estadios anteriores, en donde el concepto de resocialización no era imperante o no estaba definido.

En el Estado teocrático la pena podía justificarse como exigencia de justicia, análoga al castigo divino -como en la edad media, época de nuestra historia que duro desde la caída de Constantinopla en el 453 D.C. a manos de Mohamed II¹ hasta el descubrimiento de América en el año 1492, periodo extenso de la historia de la humanidad en el que predominaban los castigos usados por la Iglesia Católica para reprimir cualquier tipo de conducta que fuera en contra de los dogmas de la Iglesia, y que incluían castigos de tortura, con el fin de buscar una confesión y expiar de esa manera la culpa, sin embargo el mismo podía ser castigado con pena de muerte en delitos considerados como graves, como la herejía, la cual era comúnmente aplicada a las mujeres, la homosexualidad, el hurto y el homicidio² -.

En el Estado absoluto, en donde el poder ha sido entregado por Dios al soberano, la ley del soberano se confundía con la Ley de Dios, por ello es esta persona en la

¹ Diario El Norte, edición 1921, los castigos en la edad media: mutilaciones y pena de muerte, tomado 5 de junio de 2016. apoyado en: http://www.diarioelnorte.com.ar/nota19922_los-castigos-en-la-edad-media-mutilaciones-y-pena-de-muerte.html

² Juan Bustos Ramirez y Hernan Hormazabal Mallare. Pena y Estado. Capitulo I. Evolución del Estado y la Pena. Pág. 99 Papers: Revista de Sociología 13 (1980) tomado junio 5/16. Apoyado en: www.raco.cat/index.php/Papers/article/download/24759/58791

que se radica el Estado, el poder y la justicia, lo cual lo habilita para imponer castigos en contra de quienes actúan en contra del Estado, o él mismo³.

En este periodo, en donde el Estado se constituye en un fin en sí mismo, la pena es un instrumento ilimitado de poder de sometimiento de los súbditos, por ello es considerada la época del "terror penal", consecuencia de la atribución a la pena de una función de prevención general sin límites⁴.

Dado el desarrollo de la burguesía, que surgió como una nueva clase, diferente a la nobleza y a los campesinos y artesanos, el estado absoluto viene siendo un estadio necesario entre la sociedad de la baja edad media y la sociedad liberal,⁵ esta nueva dinámica socioeconómica⁶ fue el ambiente propicio para el surgimiento del Estado liberal clásico, el cual favorece de manera privilegiada derechos necesarios para la salvaguarda de la libertad personal, industrial y comercial, indispensables para el desarrollo de la nueva clase social emergente.⁷

Dentro de esta misma dinámica socio-económica, y ante la gran influencia de la burguesía, y como consecuencia de la escasez de mano de obra de trabajo, fue que se crearon las casas de corrección en Londres (1555), con el objetivo de liberar a las ciudades de vagabundos y mendigos,⁸ pero cuyo trasfondo era eminentemente económico, esta práctica se fue generalizando en toda Europa. Un ejemplo de ello es la creación de la casa de corrección de Spandau en 1657, con el objetivo de

³ Santiago Mir Puig, Derecho Penal, Parte General En: revista fragmentos de muestra Lección 3. La función del Derecho Penal en el estado social y democrático de Derecho.

<http://www.reppertor.com/mirpuig/capitulo.htm>

⁴ Juan Bustos Ramirez y Hernan Hormazabal Mallare. Pena y Estado. Capitulo I. Evolución del Estado y la Pena. Pág. 99 Papers: Revista de Sociología 13 (1980) tomado junio 5/16. Apoyado en: www.raco.cat/index.php/Papers/article/download/24759/58791

⁵ "La rápida expansión del comercio no podía adaptarse al sistema económico localista del feudalismo y un nuevo sistema bancario internacional comenzó a desarrollarse para satisfacer las crecientes necesidades del comercio. Con la aparición de los banqueros y comerciantes en cada país surgió una nueva clase, los burgueses, que no eran ni reyes ni aristócratas ni campesinos, ni podían ser incluidos entre los artesanos ni los comerciantes locales de los días del Medievo, ya que constituían un cuerpo independiente del cual dependerían en breve todas las demás clases, desde el rey hasta los siervos." Juan Bustos Ramirez y Hernan Hormazabal Mallare. Pena y Estado. Capitulo I. Evolución del Estado y la Pena. Pág. 99 Papers: Revista de Sociología 13 (1980) tomado junio 5/16. Apoyado en: www.raco.cat/index.php/Papers/article/download/24759/58791

⁶ Orígenes del Estado liberal: libertad y propiedad como derechos nucleares. (tomado junio 5/16 apoyado en: <http://www.derechoconstitucional.es/2012/02/origenes-del-estado-liberal-libertad-y.html>).

⁷ Georg Rusche, Otto Kirchheimer, Pena y estructura social, pág. 46

<https://colectivociajpp.files.wordpress.com/.../pena-y-estructura-social-rusche-y-kirch>

⁸ Juan Bustos Ramirez y Hernan Hormazabal Mallare. Pena y Estado. Capitulo I. Evolución del Estado y la Pena. Pág. 99 Papers: Revista de Sociología 13 (1980) tomado junio 5/16. Apoyado en: www.raco.cat/index.php/Papers/article/download/24759/58791

promover la producción textil y salirle al paso a la carencia de rueca o tejedores en el país.⁹

Pese a que fue Inglaterra la que inicio esta práctica, Holanda fue el país en donde tuvo mayor desarrollo, tal como plantea Georg Rusche, Otto Kirchheimer, en Pena y estructura social

“Fue de este modo Inglaterra la que abrió el camino, aunque por múltiples razones el desarrollo posterior de dicha institución obtuvo su máximo nivel en Holanda. Este país, que poseía a finales del siglo xvi el sistema capitalista más avanzado de Europa, carecía de la fuerza de trabajo de reserva de que dispuso Inglaterra luego de la política del cercamiento de los campos. Ya hemos hecho referencia a los altos salarios y a las condiciones favorables de trabajo con jornadas reducidas que prevalecían en Holanda. Por ello cualquier innovación destinada a reducir los costos de la producción era por supuesto bienvenida. Se realizaron todos los esfuerzos para aprovechar la mano de obra disponible, no solo absorbiéndola dentro de la actividad económica sino, además, -" resocializándola" de modo tal que en el futuro estuviera dispuesta a integrarse voluntariamente en el mercado de trabajo.”¹⁰

La idea entonces de resocialización surge como una necesidad socioeconómica y no como un postulado ideológico en pro del hombre, como sujeto de esas medidas sancionatorias estatales, sino que resultaba más practico o benéfico para la sociedad el trabajo de los infractores de la Ley¹¹, que su ejecución, lo cual era una práctica común en la baja edad media que se convirtió en regla aplicable a los más pobres de la sociedad que no podían pagar sus deudas pecuniarias, o debido a su pobreza se convertían en ladrones o vagabundos.¹²

Se tiene entonces que de este periodo de transición hacia el desarrollo de una teoría del derecho, se entró entonces a criticar el sistema imperante en el cual las casas de corrección recluían de manera indiscriminada a vagos, convictos, huérfanos, ancianos y dementes, sin que se hiciera ninguna tipo de diferenciación y el sistema se constituyó en una especie de medio de eliminar a los indeseables¹³, que en la

⁹ Georg Rusche, Otto Kirchheimer, Pena y estructura social, pág. 47
<https://colectivociajpp.files.wordpress.com/.../pena-y-estructura-social-rusche-y-kirch>

¹⁰ Georg Rusche, Otto Kirchheimer, Pena y estructura social, pág. 61
<https://colectivociajpp.files.wordpress.com/.../pena-y-estructura-social-rusche-y-kirch>

¹¹ Georg Rusche, Otto Kirchheimer, Pena y estructura social, pág. 19-20
<https://colectivociajpp.files.wordpress.com/.../pena-y-estructura-social-rusche-y-kirch>

¹² Georg Rusche, Otto Kirchheimer, Pena y estructura social, pág. 85 capítulo 5.
<https://colectivociajpp.files.wordpress.com/.../pena-y-estructura-social-rusche-y-kirch>

¹³ Georg Rusche, Otto Kirchheimer, Pena y estructura social, pág. 85 capítulo 5.
<https://colectivociajpp.files.wordpress.com/.../pena-y-estructura-social-rusche-y-kirch>

mayoría de los casos terminaban cumpliendo penas impuestas sin un procedimiento definido, que tuvo como consecuencia la pérdida de prestigio e la administración penal.

Fue en este momento que surgieron las ideas iluministas basadas en la idea del contrato social, la división de poderes, en donde desaparecen los controles absolutos, para volverse más flexibles, que facilitaron el surgimiento de una nueva forma de pensamiento crítico del sistema penal imperante, así *“Los pioneros de la reforma penal estaban, en consecuencia, fundamentalmente preocupados por limitar el poder sancionador del Estado (tanto en los medios empleados como en la extensión de su uso) creando normas determinadas e imponiendo un rígido control sobre las autoridades.”*¹⁴

Este periodo ha sido tradicionalmente marcado en la línea de tiempo de la historia con la revolución francesa (1789), causada fundamentalmente con el fin de abolir el poder absoluto del Estado, la desigualdad social política y económica, y la falta de libertades y derechos. Así, en el Estado liberal se abre una discusión sobre la pena, su fundamento y sus fines.

Entonces en el derecho penal liberal se le atribuyo a la pena una función de prevención y de retribución, eso sí, teniendo en cuenta, si se concibe la pena en los términos en los que lo hacía Hegel, Kant. Así, para el primero, la pena es la negación de la negación del Derecho, pues ya no se recurre a la visión teocrática que lo maneja como una expiación del pecado, puesto que el Estado se ha dividido de la religión para proteger el acuerdo de voluntades del contrato social, mediante la retribución por haberse perturbado el orden jurídico imperante¹⁵, en virtud de ese contrato social se le asignó a la pena una función utilitaria de prevención de delitos, puesto que los infractores de la ley, causaban un daño social¹⁶, ya que estaban en contra del nuevo orden, no solo jurídico, sino social, por tanto, el delincuente era un peligroso social, un anormal. Es decir, que para Hegel la pena es una retribución jurídica justificada para reparar el derecho, con una violencia contraria para restablecer el orden violado, es decir que la violencia se elimina con violencia¹⁷. Para Kant, la pena no puede servir para proteger a la sociedad ni para prevenir delitos, pues se estaría castigando al delincuente en beneficio de la sociedad, y ello es contrario al concepto liberal de que el hombre es un fin en sí mismo. *“Defiende*

¹⁴ Juan Bustos Ramirez y Hernan Hormazabal Mallare. Pena y Estado. Capítulo I. Evolución del Estado y la Pena. Pág. 103 Papers: Revista de Sociología 13 (1980) tomado junio 5/16. Apoyado en: www.raco.cat/index.php/Papers/article/download/24759/58791

¹⁵ Santiago Mir Puig, Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho. Capítulo 3, 1. La función de la pena en el derecho penal liberal pág. 26

¹⁶ Monserrat Lopez Melero, los derechos fundamentales de los presos y su reinserción social, pág. 510-511

¹⁷ Monserrat Lopez Melero, los derechos fundamentales de los presos y su reinserción social, pág. 510

la ley penal como imperativo categórico, es decir, estima que la pena es retribución justa desprovista de todo fin (poena absoluta ab effectu), y representa la causación de un mal como compensación de la infracción jurídica culpablemente cometida (malum passionis propter malum actionis)”¹⁸. Kant, al referirse al extremo de la disolución de la sociedad civil por consentimiento de sus miembros, hace un planteamiento clásico del Estado liberal burgués en relación a la pena: “Aun en el caso de que el estado se disuelva voluntariamente, debe ser antes ejecutado el ultimo asesino, a fin de que su culpabilidad no caiga sobre el pueblo que no insistió en esta sanción: porque este podría ser considerado copartícipe en esta lesión publica de la justicia”.

Sin embargo, ambos pensadores limitan la función de la pena, a la realización de la justicia, teniendo en cuenta su concepción liberal del mundo.

Se tiene, que a partir entonces del surgimiento del iluminismo, y de sus grandes pensadores, como Jean Jacques Rousseau, Montesquieu, Kant, Hegel, Beccaria, por citar solo algunos, se abre retoma en el mundo, la idea de la razón, y con ello, para hablar del tema que nos interesa en el más concretamente, en el derecho penal, dos teorías respecto al manejo de la función de la pena, las teorías absolutas y las teorías relativas.

2. TEORÍAS ABSOLUTAS

Al hablar de teorías absolutas, se hace alusión a la idea de la imposición de la una pena por el hecho de haber delinquido, siendo irrelevante los fines a perseguir con la imposición de la misma. Como se ha dicho en apartes anteriores, al referirnos a algunos teóricos de esta doctrina, tenemos entre los más destacados de la misma a Kant y a Hegel, pero hay que decir, que son muchos los autores a quienes se atribuye estar en esta línea de pensamiento, por citar algunos ejemplos, como Platón, Fichte, Sthal, Spindel, Weber, Wegner, Hälschner, Binding y más recientemente, Schmitt, Freisler, Mezger, Maurach o Fletcher, Santo Tomas de Aquino¹⁹.

En la teoría de Kant, el Derecho penal, es el derecho que tiene el soberano para imponer sobre los súbditos, una pena por su delito, luego el único fundamento de la pena es la retribución a la culpabilidad del sujeto. Se reitera entonces, que, para

¹⁸ Monserrat Lopez Melero, los derechos fundamentales de los presos y su reinserción social, pág. 517

¹⁹ Mario Duran Migliardi, Teorías absolutas de la pena, origen y fundamentos, Revista de Filosofía Volumen 67, (2011) 123 – 144, tomado en junio 13/16 en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-43602011000100009&script=sci_arttext

Kant, la pena es una exigencia de justicia, un “imperativo categórico”, al cual no se le pueden atribuir efectos preventivos, pues son ajenos a su esencia²⁰.

Adicional a lo anterior, en desarrollo de esta teoría se ha tenido en cuenta el concepto de libre albedrío, entendido este como la capacidad del hombre de decidir, entre lo justo y lo injusto, o mejor, entre el bien y el mal, y solo cuando el hombre alcanza este ideal puede ser castigado por cometer el delito.

Es por esta razón que se entiende, que Kant, centra la idea de la pena en el principio de culpabilidad, fundando la misma en la retribución de la culpabilidad del delincuente, quien reacciona de esa manera ante la limitación a su libertad, optando por hacer el mal, habiendo podido hacer el bien. En consecuencia, si cada falta cometida por el hombre implica la afectación de bienes jurídicos, sobre esa base debe plantearse la adecuación entre la medida del mal causado por el delincuente y el mal causado a él como contraprestación, en una medida similar²¹. Es más, más el artículo 4 del Código Penal colombiano, específicamente contiene la “retribución justa” como una de las funciones de la pena, pero sobre ello hablaremos más adelante.

A pesar de que se pueda pensar que esta teoría ha sido vencida, o superada, se encuentra vigente en algunos pensadores, que consideran que por su estructura, la sanción debe ser retributiva, entendiendo que tradicionalmente se ha entendido la retribución como una venganza brutal y no como la justa adecuación de la pena a la culpa y del premio al mérito. En esta perspectiva se entiende entonces que la sanción es jurídica porque supera la lógica carente de toda medida de la venganza, concluyendo que la retribución es lo único que quita a la adecuación de la sanción toda arbitrariedad, por ello no se trata de la voluntad del legislador que se fija la gravedad del delito, sino de la objetiva gravedad del delito que se erige como fundamento del quantum de la pena²².

3. TEORÍAS RELATIVAS

En el lado contrario a lo que se ha venido estudiando, se encuentra la teoría de la pena, según la cual, el delito es un acto individual, tratable de manera individual, cuyo objetivo principal de la pena privativa de la libertad entonces es, la función resocializadora.

²⁰ Mario Duran Migliardi, Teorías absolutas de la pena, origen y fundamentos, Revista de Filosofía Volumen 67, (2011) 123 – 144, tomado en junio 13/16 en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-43602011000100009&script=sci_arttext

²¹ Francesco D,Angostino, Filosofía del Derecho, Editorial Temis, pág. 142-143.

²² Monserrat Lopez Melero, los derechos fundamentales de los presos y su reinserción social, pág. 523

En estas teorías lo que se busca, es una utilidad social o individual, o prevención general o especial.

Se distinguen entonces, quienes sostienen que la prevención se puede conseguir con la reeducación del delincuente, conocido como prevención especial positiva, o por medio del fortalecimiento de los ciudadanos, conocida como prevención general positiva.²³ Es decir, que en términos generales esta es la escuela que actualmente es mayormente aceptada, dependiendo del modelo de Estado, puesto que aún hoy, después de varios siglos de que los teóricos de la ilustración plantearan esta forma de ver la función de la pena, no como retribución al delito, sino con un fin de disuadir, evitar residencias y readaptar, existen estados totalitarios que siguen empleando una tesis absoluta de la pena.

Según esta teoría de la prevención solo la pena necesaria es justa, y la justificación de la pena es prevenir nuevos delitos. Por ello niega la libertad de la voluntad y la culpabilidad como fundamento y medida de la pena. Es clara la posición de Beccaria al respecto en su obra de los delitos y las penas al señalar “la única y verdadera medida de los delitos es el daño hecho a la nación, y por esto han errado los que creyeron que lo era la intención del que los comete.”²⁴ Y agrega que la intención es algo muy subjetivo, que depende de la interior disposición de la mente, y que varía en cada hombre dependiendo de varias circunstancias, de las diferentes pasiones, de las ideas infinitas del hombre y concluye criticando el fundamento de la voluntad o la intención así, “*Seria, pues, necesario formar, no solo un solo código particular para cada ciudadano, sino una nueva ley para cada delito*”²⁵.

Dentro de esta misma teoría relativa, en contraposición a la prevención positiva, se encuentra la prevención negativa, la cual utiliza como medio para influenciar en los asociados, la intimidación a la sociedad para que se abstenga de cometer delitos, o la intimidación al infractor de la Ley penal, tal principio se evidencia claramente en Beccaria, “*Haced que las leyes favorezcan menos las clases de los hombres que los hombres mismos. Haced que los hombres las teman, y no teman más que a ellas*”²⁶.

4. LA FUNCIÓN DE LA PENA EN EL ÁMBITO COLOMBIANO

Acorde con la Constitución Política de Colombia, nos encontramos en un Estado social de Derecho, fundado en el respecto a la dignidad humana, en el trabajo y en

²³ Cesare B. Beccaria, De los Delitos y de las penas, Editorial Skla, pág. 31.

²⁴ Cesare B. Beccaria, De los Delitos y de las penas, Editorial Skla, pág. 31.

²⁵ Cesare B. Beccaria, De los Delitos y de las penas, Editorial Skla, pág. 96.

²⁶ Constitución Política artículo 1. Temas jurídicos. 3R editores. Pag.5.

la solidaridad, y la prevalencia del interés general²⁷. Entre los fines del Estado se encuentran, “*asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo*”. Además, las autoridades están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares²⁸.

Encontramos en estos apartes de la constitución política, claramente cómo se erige el sistema apoyado en esas premisas liberales de la ilustración, que propenden ver el derecho penal como una forma de proteger los derechos individuales a la libertad y a la propiedad por los que abogaron los iluministas, de donde surgió toda la teoría penal que nos rige aún hoy en día, no en su forma pura inicial, pero, de todas formas, su discurso se mantiene vigente como fundamento del Estado.

De otro lado, el artículo 12 de la Constitución señala que “*nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*”²⁹. Este derecho fundamental también hace parte de los derechos consagrados por los iluministas, cuando se pasó de imponer habitualmente penas de muerte y tortura, a penas de pecuniarias y de prisión.

Por su parte, el artículo 4 del Código Penal consagra que la pena cumplirá funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

De igual manera, el artículo 10 de la Ley 65 de 1993, Código Penitenciario y Carcelario, establece “*Finalidad del tratamiento penitenciario. El tratamiento penitenciario tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario.*”.

Podemos reconocer claramente, como las normas antes citadas, recogen los conceptos sobre prevención especial, reinserción social, los cuales hacen parte de los discursos sobre el manejo de la función de la pena, que trataron, Hegel, Kant, Jean Jacques Rousseau, Montesquieu, Kant, Hegel, Beccaria, Aquino, entre otros.

Sobre este fin resocializador se centró la sentencia de tutela T – 153 de 1998, la primera en señalar el Estado de Cosas Inconstitucional en las cárceles colombianas.

²⁷ Constitución Política artículo 2. Temas jurídicos. 3R editores. Pag.5, 6.

²⁸ Constitución Política artículo 12. Temas jurídicos. 3R editores. Pag.9.

²⁹ Constitución Política artículo 12. Temas jurídicos. 3R editores. Pag.9.

En dicha sentencia se hizo un análisis sobre las condiciones indignas en las que se encontraban los presos colombianos debido a las condiciones de hacinamiento que llegaron al orden del 45.3%, en aquel entonces.

Cabe resaltar en dicha sentencia, se concluye por parte de la Corte Constitucional que las cárceles de nuestro país “...son realmente escuelas del crimen, generadoras de ocio, violencia y corrupción”³⁰.

Las condiciones de las cárceles en Colombia retratadas por la Corte Constitucional en esta sentencia guardan mucha similitud con las condiciones de las cárceles en Europa en el siglo XVIII, en varios aspectos, tal como lo documenta en su libro Pena y Estado, Georg Rusche, Otto Kirchheimer : “*En una visita a la prisión de Osnabrück, la visión de la miseria en el rostro de los prisioneros y la experiencia de otros casos similares lo llevaron a hacer caso omiso de la información proporcionada por los carceleros. En Gante, sus investigaciones lo condujeron a la misma conclusión. Evidencias similares fueron recogidas en Thuringia, en la segunda mitad del siglo xviii, donde no existían ni instructores suficientes ni mercados adecuados para colocar las mercancías producidas en la prisión; además del hecho de que la falta de espacio obligaba a mantener hacinados a los prisioneros. El informe de la Zuchthaus de Weimar, por ejemplo, afirma que las condiciones eran "totalmente miserables*”³¹ .

En lo que se refiere a la separación de los internos por categorías, como lo ha establecido la Ley 65 de 1993, también se encuentra similitudes entre lo que ocurre hoy en día en nuestro país, como acaecía en las cárceles europeas hace trescientos años, esto se evidencia en al comparar al concepto 37 de la sentencia de la T-153 que dice “*El artículo 21 de la Ley 65 de 1993 establece que las cárceles deben albergar únicamente personas sindicadas. A su vez, el artículo 22 señala que las penitenciarías están destinadas únicamente para ejecutar las penas impuestas en la sentencia de condena. Estas dos normas son vulneradas de manera general: todos reconocen que en las penitenciarías se encuentran sindicados y en las cárceles condenados, y atribuyen ese hecho a la sobrepoblación carcelaria.*”³²

Mientras que en el siglo XVII ocurría esto en Ámsterdam, “*Cuando, el 12 de noviembre de 1600, el concejo decidió la ampliación del establecimiento y la subdivisión de acuerdo con nuevos principios, ninguna distinción fue hecha entre delincuentes con condenas e individuos arrestados por causas administrativas*”³³

³⁰ Sentencia T – 153 de 1998, Mado. Ponente, Eduardo Cifuentes Muñoz, pág. 75

³¹ Georg Rusche, Otto Kirchheimer, Pena y estructura social, pág. 157 capítulo 5.

<https://colectivociajpp.files.wordpress.com/.../pena-y-estructura-social-rusche-y-kirch>

³² Sentencia T – 153 de 1998, Mado. Ponente, Eduardo Cifuentes Muñoz, pág. 64

³³ Georg Rusche, Otto Kirchheimer, Pena y estructura social, pág. 99 capítulo VI.

<https://colectivociajpp.files.wordpress.com/.../pena-y-estructura-social-rusche-y-kirch>

más adelante resalta lo siguiente *“En todas partes resultaba posible verificar esta ausencia de diferenciación entre los condenados y otros reclusos. Las normas de la casa de corrección de Bremen del 26 de enero de 1609, contemplan distinciones entre varias categorías, sin que exista, no obstante, ninguna prueba de que en la práctica los reclusos recibieran un tratamiento diferenciado”*³⁴

Todas esas circunstancias adversas e inhumanas que se pudieron evidenciar por la Corte Constitucional en la aludida sentencia y ocurren en las cárceles y prisiones de nuestro país, guardan estrecha similitud con las condiciones de las casas de corrección (antecesoras de las prisiones como ya se explicó) descritas en los siglos XVII y XVIII, en Europa,- época en la que hemos venido diciendo se desarrollaron los principios y libertades que hoy sirven de fundamento a nuestro Estado Social y de Derecho -, de donde tristemente tenemos que concluir que luego de trescientos años de visto ese fenómeno de condiciones “totalmente miserables” en Europa, nuestro país se encuentra en ese mismo Estado de hacinamiento, que torna en utópico el espíritu de la resocialización a que se refiere la Ley- así lo establecen los artículos 9, 10, 142 de la Ley 65 de 1993-, que prevé como fin de la pena la resocialización del individuo procesado penalmente o condenado, puesto que en tales condiciones de adversidad en las que los reclusos viven en condiciones inhumanas, no se puede pretender ningún tipo de resocialización, pese a que la función de la resocialización es un función primordial de la pena, que no la única, a esa triste conclusión llega la Corte en la sentencia T -153 de 1998, cuando dice *“Nadie se atrevería a decir que los establecimientos de reclusión cumplen con la labor de resocialización que se les ha encomendado.”*³⁵.

Tampoco es favorable la situación evidenciada con posterioridad a la T-153, puesto que en la T-388 de 2013 y la T-762 de 2015, esta última contiene la información actualizada del Director Nacional del INPEC y algunos directores regionales que señalan que la capacidad carcelaria del país es de 75.726 cupos y en la actualidad se albergan 117.000 internos aproximadamente³⁶. Si comparamos esta información con la contenida en la sentencia t- 153, tenemos que, en 1997, la capacidad era de 29.217 y la población carcelaria era 41.460, es decir, que a pesar de que casi se ha duplicado la capacidad de los centros carcelarios, el número de internos casi se ha triplicado, manteniéndose entonces esas condiciones que llevaron a la Corte Constitucional a declarar la primera vez el Estado de Cosas Inconstitucional en las cárceles.

³⁴ Georg Rusche, Otto Kirchheimer, Pena y estructura social, pág. 74 capítulo IV.

<https://colectivociajpp.files.wordpress.com/.../pena-y-estructura-social-rusche-y-kirch>

³⁵ Sentencia t- 153 1998, Mado. Ponente, Eduardo Cifuentes Muñoz, pág. 74

³⁶ Sentencia t- 762 2015, Mada. Ponente, Gloria Stella Ortiz Delgado.

5. EL ESTABLECIMIENTO DEL CAMBIO DE SITIO DE RECLUSIÓN A TERRITORIO INDÍGENA POR VÍA JURISPRUDENCIAL

Fue en el año 2013, cuando la Corte Constitucional por medio de la sentencia de tutela T-921 de 2013, hablo por primera vez de este beneficio, el cual en la práctica ha sido denominado en el Norte del Cauca, como “cambio de sitio de reclusión a territorio indígena”.

Esta sentencia que podríamos considerar una sentencia fundadora de línea, puesto que es la primera que se refiere a este beneficio, y también puede ser una sentencia hito, ya que, hace un pronunciamiento especial que marca una nueva pauta, es más, crea una medida cautelar innominada que no encontramos en el Código de Procedimiento Penal, pero cuyo trámite pudiera enmarcarse dentro del contenido del artículo 318 del CPP, el cual establece la solicitud de revocatoria o sustitución de la medida de aseguramiento, pero que no está contemplada como una medida de aseguramiento de las contenidas en el artículo 307, que solo incluye como medidas privativas de la libertad en su literal a, numeral 1, la detención preventiva en establecimiento de reclusión, - y en ese sentido tendríamos que señalar que los centros de armonización indígena no son establecimientos de reclusión en el sentido estricto, o desde el punto de vista “occidental” o de la cultura mayoritaria - y de otro lado, la medida privativa de la libertad en el sitio de residencia señalado por el imputado, tampoco cabria dentro de esta categoría, puesto que, no es el sitio señalado por el imputado entendido como su domicilio o residencia, sino que es el sitio con que cuenta el Cabildo o resguardo para que se dé la detención al interior de la comunidad.

Pero cómo llegó la Corte Constitucional al establecimiento de este beneficio que para algunos es una forma de amparar el delito.

La T-921 de 2013, desata en primer lugar una controversia suscitada por la captura de un miembro de la comunidad embera-chimbi, quién sostuvo una relación sentimental con una menor de 14 años - cuyo nombre para protección de su identidad fue cambiado a “catalina”-, con la aquiescencia de sus familiares, menor quien quedo en estado de embarazo, y al hacer el control en un Hospital, los médicos informaron a la Fiscalía, entidad que procedió con la captura del indígena. El indígena identificado como “Cesar”, por medio de una acción tutela aduce que se le debe aplicar el fuero indígena, alegando que su derecho a la identidad cultural ha sido desconocido por la justicia ordinaria en el proceso que por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años se adelanta en su contra. Eventualmente se propuso un conflicto de competencia el cual fue resuelto por el Consejo Superior de la Judicatura en forma negativa a los intereses del señor Cesar. La tutela finalmente es concedida por la Corte Constitucional a favor del señor Cesar dejando sin efectos la decisión del Consejo Superior de la judicatura que resolvió el conflicto de competencia asignando el conocimiento del asunto a la justicia ordinaria y ordenando remitir el asunto a las autoridades indígenas del resguardo indígena de

san Lorenzo de la etnia Emberá chambi para que asuman la competencia del asunto, sin embargo, les ordena que en el proceso se tenga en cuenta los criterios de protección del interés superior de la menor “catalina” establecidos en el punto 8.3.3. eso sí, “...*bajo las especiales consideraciones de su diversidad y en particular deberán cumplir con una serie de deberes como: (i) la garantía del desarrollo integral del menor; (ii) la preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor; (iii) la protección del menor frente a riesgos prohibidos; (iv) el equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus padres, sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor; (v) la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño involucrado y, (vi) provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor*³⁷.”

De otro lado, la sentencia reitera los requisitos para que proceda el fuero indígena, los cuales son importante resaltar con el objeto de tener en cuenta más adelante, que, en el caso del cambio de sitio de reclusión a territorio indígena, no se dan todos los elementos del fuero indígena, y por tanto, se trata de casos en los que ante la improcedencia del fuero indígena, se aplica el cambio de sitio de reclusión.

Ellos son: **El elemento personal**, que implica que el acusado de un hecho punible pertenezca a una comunidad indígena. **El elemento territorial** que **establece** que la comunidad podrá aplicar sus usos y costumbres dentro de su ámbito territorial, sin que se limite al criterio territorial físico del resguardo, sino que además se puede extender donde la comunidad indígena despliega su cultura. **El elemento institucional u orgánico** que se refiere a 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. **El elemento objetivo** que indica la naturaleza del bien jurídico tutelado, estableciéndose si se trata de un interés de la comunidad indígena, o de la sociedad mayoritaria³⁸.

Estos elementos fueron tenidos en cuenta por la Corte Constitucional al momento de decidir y consideró que se habían cumplido en su totalidad.

Al volver sobre el tema del cambio de sitio de reclusión, veremos que algunos de estos elementos son analizados por los jueces para conceder este beneficio.

³⁷ Sentencia T-921 de 2013, Mado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

³⁸ Sentencia T-921 de 2013, Mado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Otro punto importante de la sentencia es que analiza expresamente las reglas que deben ser tenidas en cuenta por los jueces siempre que se trate de un indígena que sea procesado por la justicia ordinaria y que no haya lugar a la aplicación del fuero indígena, caso en el cual, dice que de todas maneras se deben respetar unas garantías especiales siempre que se trate de un indígena.

En primer lugar, debe considerarse la causal de inimputabilidad del artículo 33 del CP.

En segundo lugar, se puede reconocer un error de prohibición culturalmente condicionado conforme el artículo 32 del CP, numeral 10.

En tercer lugar, la sentencia resalta que *“la solución de cada caso concreto requiere del análisis de las especiales circunstancias de la cultura indígena, pues de lo contrario se estaría afectando la integridad étnica y cultural de esta parte de la población, tal como lo reconoció la Corte Constitucional en la Sentencia T-778 de 2005”*.³⁹

Por último, señala que en los eventos en los que el indígena deba permanecer en un centro penitenciario y carcelario de la justicia ordinaria, este debe velar porque no se afecte la cultura del individuo, ni sus usos y costumbres. Como se da en los casos en los que los indígenas recurren a la figura del patio prestado para recluir a sus comuneros en las cárceles tradicionales, o como ocurría antes de que se proferiera esta sentencia con todos los indígenas que estaban en prisión.

Sin embargo, es claro que muy a pesar de que se tengan en cuentas estas reglas cuando se trata de juzgar a indígenas, y ordenar su internamiento en las cárceles de nuestro país, no se tienen garantías para el respeto y conservación de la identidad cultural indígena y esta situación la analiza la Corte fundamentada en los datos del INPEC, que dice que hasta agosto del año 2012, se encontraban 963 indígenas privados de la libertad, obviamente en la misma situación de hacinamiento que se encuentran los demás internos, con el agregado de la pérdida de su identidad indígena.

³⁹ Sentencia T-921 de 2013, Mado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Considera la Corte constitucional que esa pérdida de identidad cultural de los indígenas es inaceptable. En virtud de ello, presenta los argumentos con los que crea el cambio de sitio de reclusión a territorio indígena, como una medida para salvaguardar la identidad cultural de los indígenas.

Para ello comienza resaltando que, desde el año 2002, con la sentencia T-239, se ha permitido en virtud de la colaboración entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, recién creada con la Constitución de 1991, se puedan recluir en las cárceles ordinarias a los indígenas que transgreden el derecho interno de sus comunidades, en lo que los indígenas de la comunidad Nassa han denominado “el patio prestado”.

Resalta la Corte que, esa reclusión en una cárcel ordinaria en contra de la voluntad de la comunidad, atenta contra la autonomía de las comunidades indígenas y la identidad cultural del accionante y, por tanto, considera que la mejor manera de no atentar contra esa autonomía es permitiendo que la comunidad elija si desea hacer cumplir la detención al interior de su territorio o en una cárcel ordinaria. De esta forma se mitiga la pérdida reiterada de sus usos y costumbres, la cual debido a la falta de condiciones adecuadas al interior de los centros de reclusión es inevitable.

Entonces, teniendo en cuenta ese mismo principio de colaboración entre las jurisdicciones, si ya se ha admitido que los indígenas recluyan a sus comuneros en las cárceles ordinarias, las comunidades indígenas pueden apoyar a la justicia ordinaria recibiendo a los indígenas no beneficiados con el fuero, al interior de sus comunidades. Luego entonces, establece unas reglas que se deben cumplir siempre que se procese en la justicia ordinaria a un indígena.

La primera de ellas, establece que “siempre que el investigado en un proceso tramitado por la jurisdicción ordinaria sea indígena se comunicará a la máxima autoridad de su comunidad o su representante”⁴⁰.

La segunda señala que, “...en los casos en los que procede la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva el juez de control de garantías (para procesos tramitados en vigencia de la Ley 906 de 2004) o el fiscal que tramite el caso (para procesos en vigencia de la Ley 600 de 2000) deberá consultar a la

⁴⁰ Sentencia T-921 de 2013, Mado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

máxima autoridad de su comunidad para determinar si el mismo se compromete a que se cumpla la detención preventiva dentro de su territorio.”

Agrega en este punto, que “...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.”

Pero aparte de las obligaciones que la sentencia adjudica a los jueces de control de garantías, también se estableció una carga al INPEC, entidad que “...según sus competencias constitucionales y legales el INPEC deberá realizar visitas a la comunidad para verificar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad. En caso de que el indígena no se encuentre en el lugar asignado deberá revocarse inmediatamente este beneficio. A falta de infraestructura en el resguardo para cumplir la medida se deberá dar cumplimiento estricto al artículo 29 de la Ley 65 de 1993.” Esto es, la reclusión en establecimientos especiales o en instalaciones proporcionadas por el Estado.

Por último, para abarcar no solo la etapa de investigación, sino la de juzgamiento, señala la Corte que, “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.” Reiterando la obligación de vigilancia del INPEC, la obligación de revocar la medida si el indígena no está privado de la libertad, y en caso de no haber la infraestructura en el resguardo, se deberá dar cumplimiento al artículo 29 de la Ley 65 de 1993.

6. AUTONOMÍA JURISDICCIONAL INDÍGENA

La lucha por la autonomía indígena data de varios siglos atrás, específicamente, la llegada de los españoles en 1492, momento en el cual empezó la lucha por la supervivencia para evitar el exterminio a manos de los conquistadores. Esta etapa de resistencia indígena tiene una primera etapa (1535 a 1700), periodo dentro del cual en 1592 se crean las tierras de Resguardo. Posterior a ello en 1650 se dio una nueva invasión, esta vez con la llegada de los encomenderos, los misioneros o curas generando una nueva realidad sociocultural don dos extremos opuestos, los caciques y, por el otro, los encomenderos como nuevos dueños de los territorios indígenas⁴¹. Hoy los extremos contradictorios sobre el tema de la autonomía indígena son el Gobernador indígena y, por el otro lado, el juez - , opresión que culmina con la expedición de las Leyes de Indias en 1681⁴².

⁴¹ Fabio Marcelli, *Autonomía y Dignidad en las Comunidades Indígenas del Norte del Cauca – Colombia*, Editorial G y G Editores, pág. 74.

⁴² “Estas constan de 9 libros divididos en 218 títulos y 6.377 leyes, con los cuales se consolida la opresión a los pueblos nativos y empieza a su vez la lucha de éstos para resistir y sobrevivir como comunidad.” *Ibidem*

En el segundo periodo (1700 a 1810), en virtud del liderazgo de los caciques Manuel de Quilo y Ciclos y Juan Tama de la Estrella, quienes fueron a Quito, a la Real Audiencia para que se definieran los límites de los Resguardos, se logró de parte de la Corona española el otorgamiento de unos títulos de propiedad sobre los territorios que ocupaban. Desde aquella época la lucha del pueblo Nasa que evidenciamos en las noticias con el obstaculizamiento de vías y la invasión de tierras, queda plasmada como objetivo de su pueblo por Juan Tama en un documento del año 1702 que dice: “(los nasa) se opondrán fuertemente y en todo caso despojarán tomando su terreno como propietarios que son... Tanto a este particular como con las tierras que he dado en posesión, las defenderán con los documentos que en defensa de dichas tierras se les otorga, pelearán hasta quitarlas en limpio...”⁴³

El tercer periodo se caracterizó por dos posiciones contrarias, una de ellas planteada por los liberales con fundamento en los lineamientos de libertad e igualdad⁴⁴ que abogaba por extinguir los Resguardos para igualar a los indígenas con los demás ciudadanos, además para incluir las tierras al mercado y a la producción de la Nación, terminando de esta manera con el territorio indígena como el lugar en donde las comunidades desarrollaban sus tradiciones y su cultura⁴⁵.

De otro lado, los conservadores planteaban la separación con los indígenas, posición que se impuso en 1884, con la llegada al poder de Rafael Núñez, que se marcó con la promulgación de la Ley 89 de 1890, por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada. A pesar de la desafortunada redacción del encabezado de la Ley, por medio de esta se garantizó la existencia de los Cabildos, y la práctica de sus usos y costumbres, aunque se les declaró menores de edad en su artículo 40, situación que se mantuvo hasta la declaratoria de inexecutable de dicho artículo con la sentencia C-139 de 1996⁴⁶, ya en vigencia de la constitución de 1991, es decir, luego de 100 años de ser considerados como “menores de edad” y “salvajes”.

⁴³ Fabio Marcelli, Autonomía y Dignidad en las Comunidades Indígenas del Norte del Cauca – Colombia, Editorial GyG Editores, pág. 75.

⁴⁴ «**Libertad, igualdad, fraternidad**» (en francés, *Liberté, égalité, fraternité*), lema oficial de la república francesa, que nació en la “Revolución Francesa”. Tomado en mayo 10/17Liberté, égalité, fraternité
https://es.wikipedia.org/wiki/Libert%C3%A9,_%C3%A9galit%C3%A9,_fraternit%C3%A9

⁴⁵ Fabio Marcelli, Autonomía y Dignidad en las Comunidades Indígenas del Norte del Cauca – Colombia, Editorial GyG Editores, pág. 76.

⁴⁶ La Sentencia C-139 de 1996, declaró inexecutable los siguientes artículos "**Artículo 1.** La legislación general de la República no regirá entre los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada por medio de Misiones.

Actualmente, nos encontramos en vigencia de una nueva constitución, que consagra la jurisdicción especial indígena y ha abierto la posibilidad de que las autoridades indígenas puedan acoger a sus integrantes indígenas al interior del resguardo para cumplir con las medidas preventivas o las penas impuestas por la justicia ordinaria, dando inicio así a un nuevo ciclo en el que se brinda mayores garantías a las comunidades indígenas para que puedan desarrollar sus usos y costumbres y resocializar a quienes han cometido conductas desviadas que ellos llaman enfermedades y que son susceptibles de sanación al interior de su comunidad.

7. PROCEDIMIENTO PARA EL CAMBIO DE SITIO DE RECLUSIÓN A TERRITORIO INDÍGENA.

Ya hemos establecido qué en el año 2013, la Corte Constitucional mediante la sentencia T- 921, creó la figura del cambio de sitio de reclusión a territorio indígena, para todos los indígenas que se hallen siendo procesados en Colombia por cuenta de la justicia ordinaria.

Ahora veremos, como se ha puesto en práctica en el Norte del Cauca, este que podríamos llamar “beneficio” – comparado con la situación de las cárceles de nuestro país – mediante el cual los indígenas salen de los sitios de reclusión de la justicia ordinaria a los llamados “centros de armonización”.

Se ha podido establecer que a pesar de que la sentencia de la Corte señala que desde el inicio del proceso se deberá informar a la máxima autoridad indígena que uno de sus comuneros se encuentra detenido, con el fin de que se manifieste sobre la posibilidad de que sea recibido al interior del territorio indígena para cumplir la

En consecuencia, el Gobierno, de acuerdo con la autoridad eclesiástica, determinará la manera como estas incipientes sociedades deban ser gobernadas.

"Artículo 5. Las faltas que cometieren los indígenas contra la moral, serán castigadas por el Gobernador del Cabildo respectivo con penas correccionales que no excedan de uno o dos días de arresto.

"Artículo 40. Los indígenas asimilados por la presente Ley a la condición de menores de edad para el manejo de sus porciones en los resguardos, podrán vender ésta con sujeción a las reglas prescritas por el derecho común para la venta de bienes raíces de los menores de veintiún años; debiendo en consecuencia solicitarse licencia judicial justificándose la necesidad o utilidad. Obtenido el permiso la venta se hará por pública subasta conforme a las disposiciones del procedimiento judicial.

Serán nulas y de ningún valor las ventas que se hicieren en contravención a lo dispuesto en este artículo, así como las hipotecas que afecten terrenos de resguardo, aun hecha la partición de este." Ley 89 de 1890.

medida de aseguramiento, se ha evidenciado en el trabajo de campo, que esta situación no se da, en efecto, la primera autoridad que tiene conocimiento de que una persona ha sido detenida, es el Ejército Nacional o la Policía, quienes informan en virtud del artículo 303 del CPP a la Fiscalía y al Defensor de turno designado - quien a veces es reemplazado por un defensor de confianza conseguido por los familiares – pero nunca informan como lo señala la sentencia a la autoridad indígena. Digamos que, sin ser abogados, no es su deber tener conocimiento de la jurisprudencia que ordena esta situación. Pero de otro lado, la fiscalía no hace lo propio con el fin de cumplir con esta regla. Sin embargo, ello no obedece a negligencia, puesto que la fiscalía generalmente recibe los informes de parte de la policía al día siguiente de realizada la captura, cuando se ha realizado la prueba de PIPH -en los casos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes art. 376 del CP-, la experticia al vehículo – en los casos de receptación art. 447 o la prueba de la idoneidad del arma de fuego – en los casos de porte ilegal de armas art. 365 del CP-. Se debe tener en cuenta que, en el municipio de Caloto, no existe personal autorizado para la realización de esta prueba, por tanto, se debe recurrir al Municipio de Santander de Quilichao, que también tiene sus propias pruebas locales con destino a los fiscales de ese Municipio, lo que dificulta la realización oportuna de dichas pruebas, de manera que cuando la Fiscalía las recibe y solicita al juez de control de garantías la audiencia se da la tarde del día siguiente a la captura. Si a eso le agregamos que la mayoría de los cabildos no tiene una sede en el casco urbano de Caloto, informar a la autoridad indígena es una labor que ha corrido de cuenta de los familiares de los indiciados o de los defensores públicos.

Pero luego la Corte señala que el Juez de Control de garantías deberá consultar a la máxima autoridad indígena para verificar si la comunidad se compromete a recibir al indígena en su territorio. Nos enfrentamos entonces al mismo problema de comunicación con los Cabildos Indígenas de la zona, lo que ha llevado, a que en el caso de Caloto, de las 20 solicitudes de cambio de sitio de reclusión resueltas hasta el año 2016, solo dos casos se han dado en la audiencia concentrada de Legalización de Captura, Formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, y todo, gracias a la gestión de los familiares del indiciado, o el abogado, quienes son quienes se enteran más prontamente de la privación de la libertad de sus familiares.

Por regla general entonces, la forma en la que se ha venido dando esta solicitud, es por la presentación del escrito ante el juzgado de reparto – en el caso de Caloto, Corinto, Toribio, etcétera - o ante el centro de servicios para los juzgados penales – o en el caso de Santander de Quilichao, el Centro de Servicios, puesto que este Municipio sí cuenta con dicha oficina.

En el siguiente paso que es la verificación por parte del juez de las condiciones del centro de armonización, se pueden dar dos situaciones, en una de ellas se hace una visita al centro de armonización, en otra de ellas se tiene en cuenta el informe del INPEC sobre la visita al centro de armonización.

En el primer caso, se fija una fecha para la realización de una inspección judicial al centro de armonización, atendiendo a que la sentencia T-921 de 2013, dice que el juez debe verificar que las comunidades cuenten “...*con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad...*” viene la pregunta, estas circunstancias se deben verificar desde la óptica de la cultura mayoritaria o mestiza, o desde la óptica indígena. Debo decir que, en los primeros pronunciamientos resueltos en Caloto, en el año 2014, se negaba esta solicitud aduciendo que los centros de armonización no contaban con las condiciones de vigilancia y seguridad necesarias para el interno. Pero estas condiciones de seguridad eran vistas desde la óptica inadecuada, puesto que considero que no se le puede exigir a las comunidades indígenas que tengan torres, muros de 20 cm de espesor, hombres armados vigilando a los internos, ya que estas condiciones son propias de los centros de reclusión de la justicia ordinaria, y de todas maneras es contrario a la argumentación de la Corte, que se fundamenta en la pérdida de identidad cultural de las comunidades indígenas, cuyos miembros están reclusos en estas cárceles, en condiciones que atentan con sus usos y costumbres. Es a partir del 2015, que se empieza a analizar en Caloto, desde un criterio más orientado a la cosmovisión indígena y se empieza a conceder el cambio de sitio de reclusión a territorio indígena, teniendo en cuenta que en los centros de armonización al buscar las condiciones de idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y de seguridad no se debe buscar cuenten con las instalaciones similares a las cárceles nacionales.

Es así como en las visitas a estos centros se puede encontrar que la mayoría de ellos son construcciones que tradicionalmente han venido siendo usadas por las comunidades para realizar reuniones o mingas, capacitaciones a la comunidad, a los que se adecua con la inclusión de camas o colchonetas, o camarotes, que son compartidos por varios indígenas y en los que la guardia indígena ejerce la labor de vigilancia de los mismos.

Una vez realizada la visita se fija fecha en la que se convoca al abogado del imputado, al imputado, al Gobernador indígena y la fiscalía que tiene asignado el caso. En desarrollo de la audiencia se le concede la palabra al abogado, quien argumenta el derecho que tiene su defendido a obtener ese cambio de sitio de reclusión con fundamento en la sentencia T- 921 de 2013, por existir en el cabildo indígenas las condiciones necesarias para que se dé dicho cambio. El fiscal generalmente se ha evidenciado no se opone a la medida, salvo algún caso en el que el fiscal se ha opuesto argumentando que se trata de un delito que escapa a la esfera de conocimiento de la justicia indígena, o que no afecta a la comunidad sino a la cultura mayoritaria, como es el caso del delito de rebelión o el caso del concierto para delinquir con fines terroristas. Por último, se escucha en declaración juramentada al Gobernador indígena, quien se manifiesta sobre las condiciones del lugar, la garantía de hacer comparecer al indígena a las audiencias que sea citado por la justicia ordinaria, a garantizar su salud y seguridad. A continuación, el juez de

control de garantías resuelve sobre la solicitud teniendo en cuenta los lineamientos constitucionales de la sentencia T-921 de 2013.

En el segundo caso, es decir, cuando se tiene en cuenta la visita realizada por el INPEC, no se hace la inspección judicial, y ello obedece a que estos se dan cuando – en el caso de Caloto – la solicitud de control de garantías va encaminada a que se ordene el cambio de sitio de reclusión a territorio indígena cuyo centro de armonización se encuentra por fuera del Municipio donde se encuentra en juzgado, en donde no sería posible inspección judicial, luego atendiendo a que la sentencia de la Corte dice que “...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.” Pero no dice cómo se debe hacer dicha verificación, entonces se ha abierto camino en la práctica que se tenga en cuenta esta visita del INPEC para dicha verificación.

En la práctica se ha evidenciado recientemente, que personas que no han nacido como indígenas, pero que han sido censados como tales por el Cabildo, han sido objeto de este beneficio, en diferentes casos partiendo de la base de una obiter dictum de la Corte que ha establecido un tiempo de 5 años de estar incluido en el censo indígena, pero este parámetro considero no es suficiente, ni concluyente, ni definitivo para considerar si una persona puede ser catalogada de indígena o no, lo que en la práctica ha generado la negación del beneficio a personas que se presentan con un ceso de dos años, no tienen características físicas de indígena, y están siendo procesadas por presuntamente pertenecer a una banda criminal como los “Urabeños” con imputaciones por delitos tan variados como el concierto para delinquir, la desaparición forzada, la extorsión agrabada, circunstancia que preocupa a los jueces e los inclina a la negativa por temor a la tendencia en la mayoría de los casos infundada, de pensar que detrás de una decisión judicial que beneficie de alguna manera a una persona amparada aún con la presunción de inocencia, existe un acto de corrupción. Además, la sentencia T- 685 de 2015, plantea al respecto una situación que parece ir en contravía de la sentencia T-921 de 2013, al incluir nuevamente en sus argumentaciones, una posición que ya debió ser superada, y es la creencia de que el indígena es un menor de edad, contenida como ya se dijo en el derogado artículo 40 de la Ley 89 de 1890. La referida sentencia señala *“En cuarto lugar, de acuerdo con la doctrina sentada por esta Corte la definición del sitio de reclusión de una persona de condición indígena, con base en la colaboración armónica inter jurisdiccional, debe tener en cuenta, entre otros criterios, la valoración del espectro de afectación y la naturaleza del bien jurídico lesionado con el delito, a fin de establecer la conveniencia o no, de imponer a la comunidad la presencia de individuos que afecten su seguridad o estabilidad.”* Es decir, que nuevamente no es la máxima autoridad indígena la que pese a la solicitud que hace a la justicia ordinaria de entregarle al Cabildo a uno de sus comuneros, deba considerar si es conveniente para su comunidad la presencia del interno (indígena o mestizo), sino que en un claro retroceso al concepto de “menor de edad”

del indígena, es el juez quien debe decidir esta situación dependiendo del delito y de la gravedad del mismo, a criterio del juez, no de la comunidad y de sus derecho interno. Esta decisión de la Corte Constitucional ya ha sido utilizada en reciente decisión en Caloto, para negar el beneficio, siendo que este argumento contenido en la aludida sentencia, no es una ratio decidendi, sino un obiter dictum, este último, el cual no puede ser calificado como precedente obligatorio, puesto que el problema jurídico de la sentencia no fue el de establecer una lista taxativa de delitos respecto de los cuales se puede conceder el cambio de sitio de reclusión, sino la de resolver otro problema jurídico totalmente distinto, situación que aclara mejor el Auto A 291 de 2016, que resuelve sobre la solicitud de nulidad de la sentencia T-685 de 2015, el cual señala, *“Mientras que en las sentencias T-921 de 2013 y T-642 de 2014 se discutió sobre la jurisdicción competente para resolver el asunto -especial indígena u ordinaria penal- y las indebidas condiciones de reclusión en la que se encontraban los condenados por la jurisdicción ordinaria penal, desconociendo su condición de indígenas; en el asunto resuelto por la Sala Segunda de Revisión -sentencia T-685 de 2015-, no se discutió sobre la jurisdicción competente para resolver el caso, ni el desconocimiento de las reglas especiales de reclusión acorde con su condición de indígenas (puesto que nunca estuvieron presos en una cárcel común); lo que se planteó al juez constitucional fue la posibilidad de tener en cuenta el tiempo durante el cual los accionantes, con anuencia del resguardo indígena, pero sin autorización de la jurisdicción ordinaria penal, se recluyeron en su territorio para cumplir la pena impuesta y no permitieron hacer efectiva la captura ordenada judicialmente.”*

7.1 Soporte documental para la procedencia de la solicitud.

Dentro de los documentos presentados por los apoderados para sustentar su solicitud se encuentran los siguientes.

1. Acta de constitución de la asamblea del Cabildo respectivo. Documento en el que se puede verificar quienes los miembros de la asamblea general, el gobernador indígena, el gobernador suplente, el capitán y demás miembros de la asamblea general.
2. El acta de posesión del gobernador indígena como representante legal del indígena ante la Alcaldía del Municipio respectivo.
3. La certificación del Ministerio del Interior que indica que el Cabildo se encuentra en la base de datos de dicha entidad, así como el Gobernador que ejerce las veces de representante legal del Cabildo Indígena.
4. La certificación expedida por el Gobernador indígena de que el imputado hace parte de la comunidad y desarrolla sus usos y costumbres desde un tiempo determinado.
5. El acta de la visita del INPEC donde consta las condiciones del centro de armonización, la capacidad de indígenas o comuneros que puede albergar, las condiciones de seguridad y vigilancia, de salud, de actividades agrícolas desarrolladas.

7.2 De qué manera los centros de armonización contribuyen a la resocialización del penado.

Un parte del trabajo de campo realizado para sustentar este artículo se llevó a cabo en dos centros de armonización indígena en el Norte del Cauca, el primero de ellos en el Centro de Armonización del Resguardo indígena de Tacueyó, en la Finca el Torne, a una hora y media de distancia del Municipio de Caloto, Cauca, y el segundo en el Centro de armonización de del Resguardo indígena de huellas, Caloto, Cauca, en la finca la selva el chorrillo, a diez minutos del casco urbano de Caloto, Cauca.

8. CENTRO DE ARMONIZACIÓN FINCA EL TORNE.

Pertenece al Resguardo indígena de Tacueyó, Municipio de Toribio, distante a unos 30 minutos del casco urbano de Tacueyó, es una finca denominada “El Torne”, punto denominado “La Maria”, ubicado en la vereda La Fonda, que cuenta con dos viviendas una en la parte alta y otra en la parte baja. La casa de la parte baja es una casa en madera y techo de zinc, tiene amplios corrales para ganado, el lugar cuenta con una huerta con cultivos de cebolla, maíz, papa, con aproximadamente 75 cabezas de ganado. La finca cuenta con una extensión de aproximadamente 300 hectáreas, 200 de ellas representadas en potreros y/o mejoras trabajadas por las personas sancionadas por el derecho interno o la justicia ordinaria y las otras 100 representadas en reservas y conservación de nacimientos de agua⁴⁷. Este centro, a octubre de 2016, fecha en la que se realizó la visita tenía 47 internos entre mujeres y hombres, según información suministrada por la asesora jurídica del Resguardo, siendo el espacio físico para unos 15 o 20, obligando al Cabildo a rotarlos para que puedan cumplir con sus labores diarias.

⁴⁷ Información basada en la visita realizada en la investigación y en la inspección judicial del 4 de mayo de 2016, realizada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Toribio, Cauca, por comisión de los Juzgados de ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán.



Esta situación es consecuencia de la falta de recursos con que cuenta el cabildo para sostener el lugar, puesto que como manifiesta el Gobernador de Tacueyó, al preguntársele por la forma de financiación del centro de armonización dice *“con las uñas, realmente con las uñas o sea con mucho esfuerzo realmente aquí nos llega un recurso del Sistema General de Participaciones por cada uno de las personas que habitamos en este resguardo que realmente no es mucho, si hiciéramos la cuenta hoy el promedio estamos en ciento dieciocho ciento veintidós mil pesos por persona que nos llega el año, si, dentro de eso acá pues se ha tratado de orientar aquí nosotros tenemos una ruta y la gente nos ha dicho mire aquí ese recurso que nos llega a nombre de nosotros utilicen el 50% para fortalecer procesos sociales y el 50% para fortalecer procesos productivos, entonces en ese marco vemos y que es una problemática ya de la comunidad entonces se dejan unos recursos muy pocos para ayudar al centro de armonización más que todo para garantizar una alimentación para garantizar un alojamiento para garantizar unos un kit de aseo en su momento...”*

De todas maneras, una de las formas de financiación o auto sostenimiento que se pudo evidenciar, es que tanto en el Resguardo de Tacueyó como en el de Huellas, los indígenas que se encuentran allí deben trabajar para velar por su propio sostenimiento y el de sus familias, sobre ello dice el Gobernador *“...pero hoy la apuesta nuestra y por eso estamos tratando de incluir mucho los proyectos productivos en nuestro centro de armonización es porque estamos diciendo los mismos internos debe ayudarnos a que el centro de armonización sea auto sostenible es la política a la que estamos apostando, estamos iniciando ya con, comenzamos a sacar algunos cultivos, comenzamos a vender aquí en la plaza de mercado entonces la idea es que con esos mismos fondos que ellos mismos ayudan a generar se reviertan nuevamente en el centro de armonización para mejorar condiciones, eso en el momento porque nos toca hacerlo así...”* aunque de otro lado, las autoridades indígenas están buscando que el gobierno ayude a financiar estos centros de armonización, teniendo en cuenta que de todas maneras los Cabildos están desempeñando una labor que la Ley ha encomendado al INPEC,

por medio del artículo 29 de la Ley 65 de 1993, ordenando que los indígenas cumplan las penas o medidas de aseguramiento, en establecimientos especiales o en instalaciones proporcionadas por el Estado.

Sobre este aspecto señala el Gobernador de Tacueyó, *“...pero la gran pelea y de acuerdo a todo el tema jurídico reconocido que tenemos los pueblos indígenas es un tema que tenemos que negociar con el gobierno de decir, claro, nosotros recogemos una persona que viene de un centro penitenciario pero así como hay una Ley que establece que a cada por cada interno debe hacer un presupuesto pues estamos diciendo nosotros no somos ajenos a eso, entonces realmente el concepto de Tacueyó lo que estamos haciendo es queremos demostrar para después ir a pedir, no es ir a pedir porque sí, porque se nos ocurrió y porque a ratos se ve no, se vuelve como un negocio entonces tener un interno acá, no lo estamos mirando desde ese tema porque estamos diciendo vamos a regenerar una persona, vamos a restaurar esa personalidad de ese comunero pero entonces vamos a hacer un previo trabajo para después tocar puertas y decir mire estamos en este trabajo, estamos entregando las personas que cometen un delito en estas condiciones ya de resocialización y merecemos que nos coloquen un presupuesto eso es como lo que hemos.”* Es decir que las autoridades indígenas apuestan por la resocialización del indígena que tiene lo que ellos denominan esas enfermedades, que para nosotros son delitos. Esa resocialización a la que el INPEC no puede aspirar en las condiciones actuales de los centros de reclusión de nuestro país, entre otras razones por las condiciones de hacinamiento.

Para entender este proceso de resocialización indígena, debemos saber que significa armonización desde el punto de vista indígena, pregunta a la cual respondieron los entrevistados que, la armonización es un forma de equilibrar energías, la cual está a cargo del médico tradicional o Tek huala, por medio de rituales que incluyen la limpieza al recién ingresado, que viene de las cárceles, a quienes se les “abre el camino”, noción que significa limpiar el cuerpo que viene con diferentes enfermedades y espíritus negativos, en palabras de la asesora jurídica del Resguardo de Tacueyó *“... el abrir el camino es abrirles para que ellos entren acá quietos y que nosotros no tengamos necesidad de estar poniéndoles a toda hora custodia a ellos sino que ellos solitos se van a controlar acá en el territorio.”* De manera similar el Gobernador Indígena de Tacueyó, lo describe como *“...armonización para nosotros desde nuestra cosmovisión es como estar equilibrado si, nosotros manejamos mucho el tema de la medicina tradicional, de equilibrar las energías, entonces desde ahí es que nosotros tenemos un líder quien es el responsable de equilibrar las energías que es el medico tradicional, realmente cada vez que hacemos un proceso ritual desde la medicina tradicional o*

armonización como decimos, realmente el fundamento es equilibrar fuerzas positivas y negativas, entonces cuando estamos muy cargados de fuerzas negativas se hace un procedimiento y tratamos de regularlas a eso nos referimos”



De igual manera, como parte del trabajo que se lleva a cabo en el centro, y que según ellos hace la diferencia respecto de la cárcel, es que el indígena está en la cárcel desarrollado proyectos productivos propios de su cultura y en beneficio del interno y del centro, para lo cual se les está brindando capacitación⁴⁸ comunidad, a su vez, se está capacitando a los internos para el desarrollo de esas actividades agrícolas. Actualmente los tres cabildos cuentan con un centro llamado CCDI, Centro de Educación y Capacitación Integral para la comunidad, la relación de este con el centro de armonización el gobernador la describe así: “...*entonces el lineamiento que damos es con todos los conceptos propios de cómo seguir recuperando y fortaleciendo nuestra ancestralidad y tenemos un momento en que sacamos los internos esto es dos veces al mes donde los sacamos y puesto que se hace un trabajo previo de identificar cuáles son las comunidades más problemáticas con las que hemos tenido más inconvenientes entonces de los que han avanzado en esos procesos sacamos dos o cuatro personas y comenzamos a llevarlos a que ellos expliquen y comiencen como a dar a conocer su experiencia de vida no de*

⁴⁸ El día de la visita a la finca el Torne se encontraba un ingeniero agrónomo que estaba brindando capacitación a los indígenas internos sobre cómo hacer rotación de cultivos para poder a futuro, garantizar una producción regular de productos agrícolas y poder de esa forma incursionar en los supermercados de Santander de Quilichao, que requieren de un aprovisionamiento constante y regular de productos.

cuál ha sido ese delito que se cometió o porque se cometió que no se debe cometer, como ven ellos que uno puede superar ese tipo de cosa, entonces como lo que hacemos.” Es decir, que como parte del proceso de resocialización que se da al interno, está la enseñanza a la comunidad de su experiencia en el centro y de lo que lo llevó ahí, como forma de prevenir el delito o enfermedad. De todas maneras, las autoridades indígenas aplican castigos a los internos como modo de sancionar sus conductas desviadas el interior del centro como son el cepo, el fuate o simplemente si su conducta persiste se lo devuelve al centro penitenciario, este último es una manera de coerción efectiva si se tiene en cuenta que su estadía en el centro es visto por los internos como un beneficio.



Pero entonces, como la Corte ha señalado que es la máxima autoridad indígena, quien debe solicitar que se le entregue a uno de sus indígenas miembro, ¿cuáles son los criterios que rigen ese beneficio, en que delitos, a que personas? Estos puntos también fueron abordados por las entrevistas y por ello podemos concluir lo siguiente:

El delito y la pena para el indígena, no tienen el mismo significado que para nosotros – en el estado liberal es concebida como una conducta desviada que amerita una justa retribución a cargo del Estado-, el delito es una enfermedad y como tal requiere de uno pasos o procedimientos para llegar al remedio, que es la armonización.

Para ellos, en principio todos los delitos son susceptibles de armonización, pues son enfermedades, sin embargo, existen unos delitos que ellos llaman delitos mayores, como son los delitos sexuales o los delitos de homicidio, los cuales pese a ser

susceptibles de ser armonizados, se acude a la figura del “patio prestado”, en donde es el INPEC el que le brinda apoyo a la comunidad recibiendo a sus comuneros⁴⁹. Esta circunstancia es motivada porque tener al indígena en la comunidad genera un problema mayor y un riesgo para los comuneros. Sin embargo, hay eventos en que la autoridad indígena tiene en cuenta el comportamiento de la persona al interior de la comunidad y de su familia, de su aporte a la comunidad, pese a que se trate de un delito de aquellos que la comunidad está dispuesta a manejar al interior del resguardo, no se pide. Así mismo consideran que una persona que sea capturada por el delito de “transporte de armamento” o “rebelión” no es susceptible de ser armonizada al interior de la comunidad⁵⁰.

De otro lado, hay un delito el cual en la cultura mayoritaria es considerado un delito grave, pluriofensivo, que atenta contra la seguridad pública, la salud, los derechos de los menores, el cual es perseguido con toda la dureza posible de la Ley, y es el porte, fabricación o tráfico de estupefacientes, contenido en el artículo 376 del Código Penal, el cual los indígenas consideran que no es un delito grave, y que es susceptible de manejarse al interior de la comunidad, sobre ello dice el Gobernador *“...para nosotros como comuneros por el tema de estar buscando un mejor ingreso económico comienzan a traficar con estupefacientes ya sea en comercialización, transporte, o fabricación, el tema de que se juzgue por algún otro tipo de delito que tiene que ver con lo de Ley ordinaria y que caiga fuera de nuestro resguardo y que veamos que el comunero ha tenido muy buen desempeño, o que la comunidad realmente lo acoge como un comunero y que son errores que se comenten en su momento pero que su manejo dentro de la comunidad ha sido bueno, entonces llegamos a momentos a determinar como equipo directivo y equipo jurídico se*

⁴⁹ En la sentencia t-921 de 2013, se tuvo en cuenta ese mismo principio de colaboración entre las jurisdicciones, en virtud del cual si ya se ha admitido que los indígenas recluyan a sus comuneros en las cárceles ordinarias, las comunidades indígenas pueden apoyar a la justicia ordinaria recibiendo a los indígenas no beneficiados con el fuero, al interior de sus comunidades.

⁵⁰ Dos casos interesantes se hace necesario relatar en este punto que tuvieron lugar en el desarrollo de las audiencias de control de garantías en caloto. El primero de ellos tuvo lugar durante una audiencia concentrada de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, en la que se hizo presente el gobernador suplente de la comunidad y solicitó recibir a una persona que había sido capturada por el delito de porte ilegal de armas, en circunstancias que hacían presumir que había hurtado un vehículo, luego del análisis correspondiente el indígena fue entregado al gobernador suplente y, a los días siguientes se solicitó por la fiscalía nuevamente el cambio de sitio de reclusión a la cárcel puesto que el indígena finalmente no fue recibido por la comunidad, puesto que verificaron que anteriormente había cometido el delito de hurto con arma de fuego. El otro es un caso, cuya solicitud de cambio de sitio de reclusión se dio por el delito de rebelión, resuelto en el año 2015, en el que también se ordenó entregar a la comunidad a esa persona procesada por el delito de rebelión, da cuenta de que en cada resguardo se mantienen diferencias en los delitos que son susceptibles de armonización.

merece que esa persona no esté en esos centros y pues venga a pagar la pena acá o hacer el proceso de armonización acá en el territorio”.

La salud es garantizada por medio de la ACIN, que tiene la obligación de prestar los servicios de salud de los internos.

Se debe resaltar la situación de privación ilegal de la libertad de algunos internos en el Resguardo, quienes están por cuenta de la justicia ordinaria en el centro de armonización pero que legalmente ya han cumplido el término para solicitar la libertad condicional en los términos de la Ley 1709 de 2014, por haber cumplido las 3/5 partes de la pena, esta situación parece obedecer a varias razones a saber

1. Una vez logrado el beneficio por parte de los apoderados de los indígenas, estos se desentienden del cumplimiento de dicho término, pues entienden que los indígenas están en su comunidad y no están en condiciones degradantes como si lo están en la cárcel.
2. Las autoridades indígenas como la asesora jurídica del cabildo no son abogados, y tienen conocimiento solo del derecho interno, no sobre el derecho penal de la justicia ordinaria.
3. Los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad solo hacen visitas a las cárceles de la justicia ordinaria, no a los centros de armonización indígena, luego no están al tanto de esta situación, pese a que la Ley dispone que así sea.
4. Los internos desconocen que tienen ese derecho de libertad condicional, puesto que hay una fusión del derecho penal con el derecho interno, respecto a la ejecución de la sanción que genera dudas a los internos.

De otro lado, también es importante resaltar circunstancias particulares en las que se evidencia que las conductas desplegadas con posterioridad por parte de algunas autoridades indígenas generan un ambiente de desconfianza hacia la justicia ordinaria en lo que se refiere al cumplimiento estricto de las restricciones a la libertad que de todas maneras implica el cambio de sitio de reclusión a territorio indígena.

En primer lugar, está el hecho de que la jurídica del resguardo manifiesta que rotan a las personas que tienen que trabajar por turnos, luego no todos residen el mismo día en el lugar designado para la reclusión, puesto que no tienen el espacio suficiente. Esta circunstancia podría entenderse como una forma de vulneración de la sentencia T-921 de 2013, que señala que el INPEC verificara que el indígena este efectivamente privado de la libertad.

Otro caso tiene que ver con la presunta autorización de un gobernador indígena concedida a un comunero para trabajar por fuera del Resguardo, en una

empresa de servicios públicos de Santander de Quilichao, situación que el mismo Gerente de la empresa dio aviso al juez de conocimiento que tenía el proceso penal por tráfico de estupefacientes que se cursaba en contra del comunero⁵¹.

9. CENTRO DE ARMONIZACIÓN FINCA LA SELVA, CHORRILLOS.

Pertenece al Resguardo indígena de Huellas, Municipio de Caloto, distante a unos 8 minutos del casco urbano de Caloto. La casa es un lugar ubicado en “la selva” que era usado habitualmente por la comunidad para hacer mingas, capacitaciones para la comunidad, la cual fue cedida para dar lugar el centro de armonización. Es una casa de ladrillo en donde los internos se ubican en dos habitaciones en las cuales se han ubicado unas colchonetas para los internos. Como parte de este centro existe un lugar de trabajo denominado “chorrillos” a unos cinco minutos en carro de ese lugar, en donde los internos desempeñan las labores agrícolas de cultivo de maíz y ganadería. Este centro, al año 2016, fecha en la que se realizó la visita tenía 20 personas internas, la mayoría por cuenta del derecho propio, cerca de la mitad por la justicia ordinaria, como dice el asesor jurídico, la mayoría de los de la justicia ordinaria son por “ley 30”.

Dice al asesor jurídico “Los que están allí en este momento están por hurto, hurto de menor cuantía hablémoslo así, hurto intento de violación que hay que dejarlos acá unos días, se dejan acá, y otros delitos que se dan como así en las veredas pero de pronto acá manejamos lo de las deudas también se aprietan por aquí, personas que deba 200.000, 500.000, y que no quieren hicieron los acuerdos de pago, y no los cumplen entonces se vienen a estar trabajando acá unos días para que vean de que hay una autoridad.47 internos entre mujeres y hombres, según información suministrada por la asesora jurídica del Resguardo, siendo el espacio físico para unos 15 o 20, obligando al Cabildo a rotarlos para que puedan cumplir con sus labores diarias.”

Sobre la financiación del centro el asesor jurídico manifiesta que hay una falta de recursos evidente, sobre ello dice *“Esa parte si es grave, a veces la asamblea para esta parte no deja recursos, simplemente a veces hay que aruñar acá y aruñar acá, para poder sostenerlos a ellos y ahí es donde estamos dando la pelea digamos al*

⁵¹ Esta información se fundamenta en los oficios remitidos por el juzgado Primero Penal de Circuito de Santander de Quilichao, Cauca, en donde efectivamente el Gerente de la empresa consulta al juez si es posible que se conceda dicha prerrogativa al indígena.

estado para que estos sitios de armonización pues los debe de asumir el estado como tal porque es responsabilidad del estado así se le esté dejando a las autoridades indígenas, pero es más responsabilidad del estado ya la parte del sostenimiento”

Sobre qué se entiende por armonizar el asesor jurídico señala *“Es algo que va con nuestra cultura, es que la persona se sienta bien, que este bien eso es armonizar ósea que este bien en todo el sentido de la palabra.”*

De igual manera, que Tacueyó los indígenas desarrollan labores agrícolas para resocializarse, así señala el asesor jurídico *“Aquí lo que le estamos brindando a los comuneros es la oportunidad de reintegrarse a una vida social sin aprehender mucha cosa de afuera porque en una cárcel a veces lo que hacemos es que la persona en vez de resocializa ese aprenda más resabios”*

Como en Tacueyó, el interno participa activamente de las actividades de la comunidad y cuando es rebelde se lo castiga encerrándolo en una jaula de hierro que hay en el centro de armonización, si persiste en su mal comportamiento, se lo entrega a la justicia ordinaria.

También manejan el mismo criterio para los delitos mayores, señalando que solo piden comuneros por tráfico, que es un delito leve, y no por delitos graves como el homicidio.

10. Resultado de los datos encontrados en algunos de los juzgados penales del Norte del Cauca.

Por último, dentro del trabajo de investigación realizado se buscaron los datos biográficos de las personas que habían sido beneficiadas con el cambio de sitio de reclusión en los juzgados de Santander de Quilichao, caloto, corinto, Suarez, Toribio, los cuales se ilustran en las siguientes tablas.

Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Caloto, Cauca

CONDUCTA PUNIBLE	MEDIDA DECRETADA	PUEBLO	EDAD	ESCOLARIDAD
TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES	RETIRADA		32	PRIMARIA
TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES	NEGADA	NASA	38	2° PRIMARIA
REBELIÓN	CONCEDIDA	NASA	SIN DATOS	SIN DATOS
TRAFICO SUSTANCIAS PROCESAMIENTO DE NARCÓTICOS	NIEGA POR NO SER COMPETENTE	NASA	39	SIN DATOS
TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES	RETIRADA	NASA	32	5° PRIMARIA
REBELIÓN	RETIRADA	NASA	SIN DATOS	SIN DATOS
EXTORSIÓN	RETIRADA	NASA	SIN DATOS	PRIMARIA
TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES	CONCEDIDA	NASA	18	BACHILLER
PORTE ILEGAL DE ARMAS	SIN DATOS	NASA	29	SIN DATOS
	NIEGA	NASA	SIN DATOS	SIN DATOS
EXPLOTACIÓN ILÍCITA DE YACIMIENTO MINERO	CONCEDIDA	NASA	SIN DATOS	SIN DATOS
TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES	SIN DATOS	NASA	SIN DATOS	SIN DATOS
PORTE ILEGAL DE ARMAS	CONCEDIDA	NASA	21	SÉPTIMO
TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES	CONCEDIDA	NASA	26	SIN DATOS
TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES	PENDIENTE	NASA	21	bachiller
LIBERTAD, INTEGRIDAD SEXUAL	PENDIENTE	NASA	SIN DATOS	SIN DATOS
TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES	PENDIENTE	NASA	35	SIN DATOS
TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES	PENDIENTE	NASA	36	SIN DATOS

Elaborado con los datos extraídos del juzgado primero promiscuo municipal de caloto cauca y la Fiscalía de Caloto.

Según esta información, el 50% de los casos tramitados en el Juzgado de Caloto, son por el delito de tráfico de estupefacientes, el cual recordemos para la comunidad indígena de Tacueyó, no es un delito mayor, como si lo es para ellos el homicidio o el delito sexual.

Juzgados Penales de Puerto Tejada.

CONDUCTA PUNIBLE	MEDIDA DECRETADA	PUEBLO	EDAD	ESCOLARIDAD
RECEPTACIÓN	PENA PRIVATIVA EN CENTRO DE ARMONIZACIÓN	SIN DATOS	28	10º BACHILLERATO
TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES	PENA PRIVATIVA EN CENTRO DE ARMONIZACIÓN	PAEZ	36	9º BACHILLERATO
TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES	PENA PRIVATIVA EN CENTRO DE ARMONIZACIÓN	NASSA	30	ANALFABETA
TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES	PENA PRIVATIVA EN CENTRO DE ARMONIZACIÓN	SIN DATOS	21	9º BACHILLERATO
TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES	PENA PRIVATIVA EN CENTRO DE ARMONIZACIÓN	SIN DATOS	35	9º BACHILLERATO
TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES	PENA PRIVATIVA EN CENTRO DE ARMONIZACIÓN	SIN DATOS	54	1º PRIMARIA
TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES	PENA PRIVATIVA EN CENTRO DE ARMONIZACIÓN	SIN DATOS	21, 28	8º Y 9º
TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES	SINDATOS	SIN DATOS	21	BACHILLER

Elaborado

con los datos extraídos del juzgado penal de circuito de puerto tejada⁵².

Conforme la información recogida en este cuadro, todos los asuntos se dan en etapa de conocimiento y las medidas de cambio de sitio de reclusión se dan en la sentencia. Además, los casos por el delito de tráfico de estupefacientes suman el 87.5% de las causas, con 7 procesos, y solo uno por el delito de receptación.

⁵² Según la información tomada en este Municipio, en los juzgados penales municipales solo había en curso una solicitud de control de garantías sobre el cambio de sitio de reclusión a territorio indígena.

Juzgados de Santander de Quilichao.

CONDUCTA PUNIBLE	MEDIDA DECRETADA	PUEBLO	EDAD	ESCOLARIDAD
TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES	PREVENTIVA PRIVATIVA	NASA	32	PRIMARIA
TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES	PREVENTIVA PRIVATIVA	NASA	SIN DATOS	SIN DATOS
TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES	PREVENTIVA PRIVATIVA	NASA	SIN DATOS	SIN DATOS
TRAFICO DE SUSTANCIAS PARA EL PROCESAMIENTO DE NARCÓTICOS	PREVENTIVA PRIVATIVA	NASA	SIN DATOS	SIN DATOS
TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES	PREVENTIVA PRIVATIVA	NASA	SIN DATOS	SIN DATOS
TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES	PREVENTIVA PRIVATIVA	NASA	SIN DATOS	SIN DATOS
VIOLENCIA INTRAFAMILIAR	PREVENTIVA PRIVATIVA	NASA	SIN DATOS	SIN DATOS
CONCIERTO Y REBELIÓN	NEGADA	NASA	SIN DATOS	SIN DATOS
TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES	PREVENTIVA PRIVATIVA	NASA	SIN DATOS	SIN DATOS
TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES	CONCEDE SUSTITUCIÓN	NASA	SIN DATOS	SIN DATOS
TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES	CONCEDE SUSTITUCIÓN	NASA	SIN DATOS	SIN DATOS
RECEPTACIÓN	CONCEDE SUSTITUCIÓN	NASA	SIN DATOS	SIN DATOS
TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES	CONCEDE SUSTITUCIÓN	NASA	SIN DATOS	SIN DATOS
ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS	CONCEDE SUSTITUCIÓN	NASA	SIN DATOS	SIN DATOS
EXTORSIÓN AGRAVADA	CONCEDE SUSTITUCIÓN	NASA	SIN DATOS	SIN DATOS
EXTORSIÓN	CONCEDE SUSTITUCIÓN	NASA	SIN DATOS	SIN DATOS

La situación en Santander de Quilichao es que, de 16 causas encontradas, 9 son por el delito de tráfico de estupefacientes, equivalente al 56,25%, hallándose mayor variedad de delitos que no aparecen en los otros municipios, como el de violencia intrafamiliar, la extorsión, y uno por acceso carnal abusivo con menor de 14 años⁵³.

En el Municipio de Corinto, Cauca, solo se puede encontrar el registro de la realización de 5 audiencias realizadas, 3 negadas y 2 concedidas, sin embargo, no hay datos de los delitos

⁵³ Recordemos que este fue el delito que dio origen a la sentencia T-921 de 2013 que estableció el cambio de sitio de reclusión a territorio indígena.

ni de las personas, motivo por el cual no fue posible realizar una tabla similar a las anteriores.

Lo mismo sucede con el Municipio de Toribio, Cauca, lugar en donde no se ha realizado ninguna audiencia de cambio de sitio de reclusión, pero sí sea realizado visitas al centro de armonización ubicado en la finca el Torne con el fin de hacer inspección judicial solicitada por los juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad de Popayán.

CONCLUSIONES

1. El estado, pese a que se le ha entregado a los indígenas la labor de ejercer custodia de los comuneros (indígenas o mestizos censados en el cabildo) procesados en la justicia ordinaria, en virtud de una concepción de apoyo inter-jurisdiccional, no ha venido realizando aporte económicos destinados específicamente al desarrollo de los centro de armonización indígena suministra, lo cual ha dificultado una labor de resocialización que se ha podido establecer, realmente se da en mayor medida en los centros de armonización que en los centros penitenciarios de la justicia ordinaria, como es el caso planteado por los directivos del centro de armonización Torne, en la visita de inspección judicial que hiciera el juzgado de Toribio, en donde relatan como uno de los indígenas que estuvo en el centro logró desarrollar un proyecto de piscicultura, del cual actualmente deriva su sustento.
2. Pero la falta de apoyo del estado no solo se evidencia en este aspecto económico, sino en el jurídico, puesto que la falta de conocimientos jurídicos del sistema penal por parte de los asesores jurídicos entrevistados tanto en la finca el Torne, como en la Selva, chorrillos, ha posibilitado que algunos de los internos estén cumpliendo penas que sobrepasan los límites establecidos en la legislación penal para el otorgamiento de la libertad condicional, mostrando una evidencia falta de asesoría, tanto del sistema de defensoría pública que se contenta con lograr el beneficio de cambio de sitio de reclusión al Cabildo, como de los juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad de Popayán, que solo cumplen su deber de visitar a los internos en las cárceles, pero que no llegan a los centros de armonización.
3. Uno de los aspectos más importantes de resaltar en cuanto a las diferencias conceptuales respecto de los delitos, es que para los indígenas, el delito más común según el cual sus comuneros son procesados en la justicia ordinaria es el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, el cual para nuestro ordenamiento, para nuestros fiscales, jueces y para la comunidad mayoritaria en general es un delito grave, pluriofensivo, digno de reproche y sanción cada más drástica de parte del Estado, gracias a la imposición internacional de políticas criminales tendientes a combatir ese delito, mientras que para las comunidades indígenas es un “delito menor”, el cual es susceptible de resocialización en el resguardo, con aplicación de los rituales de limpieza, trabajo obligatorio en el campo, y en enseñanza a la comunidad sobre las consecuencias de su “enfermedad”.
4. Es claro, que las funciones de la pena establecidas en el ordenamiento jurídico colombiano, como son la finalidad de alcanzar la resocialización, a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura,

el deporte y la recreación, son a duras penas una aspiración meramente formal, totalmente alejada de la realidad de las cárceles colombianas, y cuyos propósitos de por más, loables, están más cerca de los logros alcanzados por el proceso de resocialización de las comunidades indígenas, que un ambiente menos represivo, vigilado por hombres armados con bastones de mando con cintas de colores y no fusiles, y en el que hay más trabajo físico y espiritual, logran encaminar mejor a sus comuneros hacia un proceso real de reinserción a la comunidad, basados en el concepto de que el delito no es más que una enfermedad, para la cual existe un remedio, el cual encuentra el ser humano a través de un proceso de guía espiritual de los mayores, con participación activa del comunero y la comunidad que lo apoya.

5. La interpretación más acertada para establecer si una persona procesada por un delito grave para la cultura mayoritaria, como el tráfico de estupefacientes, la rebelión o el concierto para delinquir, no es dejar al albedrío del juez que resuelva la solicitud, puesto que de esa manera se vuelve a la concepción ancestral de la Ley 89 de 1890, que propendía por catalogar al indígena como un menor de edad, cuando la realidad ha mostrado que en la concepción indígena, cualquier delito o enfermedad es susceptible de armonización, y es la comunidad por medio de sus autoridades legalmente establecidas la que debe decidir a cuales comuneros acoge al interior de su comunidad y a cuales no, para de esa manera garantizar el ejercicio de la jurisdicción indígena y la protección de sus usos y costumbres.

BIBLIOGRAFIA

- Diario El Norte, edición 1921, los castigos en la edad media: mutilaciones y pena de muerte, tomado 5 de junio de 2016. apoyado en: http://www.diarioelnorte.com.ar/nota19922_los-castigos-en-la-edad-media-mutilaciones-y-pena-de-muerte.html
- Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazabal Mallare. Pena y Estado. Capítulo I. Evolución del Estado y la Pena. Pág. 99 Papers: Revista de Sociología 13 (1980) tomado junio 5/16. Apoyado en: www.raco.cat/index.php/Papers/article/download/24759/58791
- Santiago Mir Puig, Derecho Penal, Parte General En: revista fragmentos de muestra Lección 3. La función del Derecho Penal en el estado social y democrático de Derecho. <http://www.reppertor.com/mirpuig/capitulo.htm>
- Orígenes del Estado liberal: libertad y propiedad como derechos nucleares. (tomado junio 5/16 apoyado en: <http://www.derechoconstitucional.es/2012/02/origenes-del-estado-liberal-libertad-y.html>).
- Georg rusche, Otto Kirchheimer, Pena y estructura social, pág. 46 <https://colectivociajpp.files.wordpress.com/.../pena-y-estructura-social-rusche-y-kirch>
- Monserrat López Melero, los derechos fundamentales de los presos y su reinserción social, pág. 510-511
- Mario Duran Migliardi, Teorías absolutas de la pena, origen y fundamentos, Revista de Filosofía Volumen 67, (2011) 123 – 144, tomado en junio 13/16 en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-43602011000100009&script=sci_arttext
- Francesco D, Angostino, Filosofía del Derecho, Editorial Temis, pág. 142-143.
- Cesare B. Beccaria, De los Delitos y de las penas, Editorial Skla, pág. 31.
- Constitución Política artículo 1. Temas jurídicos. 3R editores. Pag.5.
- Sentencia T – 153 de 1998, Mado. Ponente, Eduardo Cifuentes Muñoz, pág. 75

- Sentencia t- 762 2015, Mada. Ponente, Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Sentencia T-921 de 2013, Mado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
- Fabio Marcelli, Autonomía y Dignidad en las Comunidades Indígenas del Norte del Cauca – Colombia, Editorial G y G Editores, pág. 74.
- «**Libertad, igualdad, fraternidad**» (en francés, *Liberté, égalité, fraternité*), lema oficial de la república francesa, que nació en la “Revolución Francesa”. Tomado en mayo 10/17Liberté, égalité, fraternité
https://es.wikipedia.org/wiki/Libert%C3%A9,_%C3%A9galit%C3%A9,_fraternit%C3%A9
- Ley 89 de 1890, por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada.