

**PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD EN LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA Y
DERECHOS HUMANOS**

JUAN FELIPE MOLANO RODRÍGUEZ



**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIA A
FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHOS HUMANOS Y CULTURA DE PAZ
SANTIAGO DE CALI
2019**

**PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD EN LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA Y
DERECHOS HUMANOS**

JUAN FELIPE MOLANO RODRÍGUEZ

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE MAGISTER EN
DERECHOS HUMANOS Y CULTURA DE PAZ**

**DIRECTOR:
Dr. LUIS FREDDYUR TOVAR**



**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHOS HUMANOS Y CULTURA DE PAZ
SANTIAGO DE CALI
2019**

AGRADECIMIENTOS

*A Dios, por todas sus bendiciones
a mi madre por todo su amor, apoyo y ejemplo de tenacidad,
a mi padre que desde el cielo nos cuida,
a mi hermano, Andre y mi hermoso Juan Antonio por su hospitalidad,
al profesor Luis Freddyur por orientarme y exigir lo mejor de mí,
a mi jefa y mis compañeros de la JEP por su apoyo incondicional,
a Nohora por su valiosa ayuda,
y a mi amada esposa por todo su amor, apoyo e incondicionalidad,
juntos lo logramos, y juntos construiremos nuestros sueños mi oso te amo.*

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION	6
--------------------	---

CAPITULO PRIMERO

JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA Y ESTADO SOCIAL DE DERECHO	11
1. ESTADO SOCIAL DE DERECHO	11
1.1 Forsthoff y Abendroth, y sus interpretaciones teóricas respecto del Estado Social de Derecho.....	13
1.2 Características del Estado Social de Derecho.....	16
2. ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN COLOMBIA	18
2.1 Multiculturalismo y Asamblea Nacional Constituyente de Colombia (1991).....	19
2.2 La Jurisdicción Especial Indígena en Colombia.....	26
2.3 Tensiones entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Especial Indígena.....	35

CAPITULO SEGUNDO

DERECHOS HUMANOS Y DIGNIDAD HUMANA COMO PARAMETROS EN LA APLICACION DE JUSTICIA Y SU REPERCUSION EN EL DERECHO INDIGENA	40
1. CONCEPTUALIZACION DE LOS DERECHOS HUMANOS	41
1.1 Ambigüedad lingüística del término derechos humanos	42
1.2 Proceso de positivación de los derechos humanos	46
1.3 Fundamentación Teórica y Práctica de los derechos humanos.....	52
1.4 Concepto de derechos humanos.....	56
2 LA DIGNIDAD HUMANA COMO NUCLEO DE LOS DERECHOS HUMANOS ...	57

3	DERECHO INDÍGENA PROPIO Y DERECHOS HUMANOS	65
---	--	----

CAPITULO TERCERO

SISTEMA DE DERECHO PENAL OCCIDENTAL Y DERECHO INDÍGENA PROPIO: DIFERENCIAS.....		70
1. MODELO DE JUSTICIA RETRIBUTIVA Y MODELO DE JUSTICIA RESTAURATIVA		71
1.1	La Finalidad de la Pena en el Sistema Penal Occidental y la Justicia Retributiva.....	72
1.2	El derecho indígena propio y la justicia restaurativa	74
1.3	El derecho indígena propio frente al sistema de derecho penal occidental.....	77
1.4	Medidas correctivas en la Jurisdicción Especial Indígena.....	78
1.5	Sentencia T-208 De 2015 Corte Constitucional	80
2. SITUACIÓN DE INDÍGENAS PRIVADOS DE LA LIBERTAD EN ESTABLECIMIENTOS CARCELARIOS EN COLOMBIA EN CONDICIÓN DE “PATIO PRESTADO” O “GUARDADOS”		85
2.1	Presentación de caso de tres internos puestos en el EPAMSCAS de Popayán y condenados por parte de la JEI	87
2.2	Narración del estudio de caso	91
CONCLUSIONES		95
BIBLIOGRAFIA		97

INTRODUCCIÓN

La promulgación de la Constitución Política de Colombia de 1991 se desarrolló en un periodo histórico en el que las instituciones democráticas se encontraban enfrentadas a grandes problemas sociales, tales como narcotráfico, terrorismo, y diferentes luchas de poder; la desigualdad se tornaba aguda, y el incremento en casos de violaciones a los derechos humanos se presentaba al orden del día; en suma el panorama no resultaba nada alentador. Es así como surgiría la necesidad de un cambio en el ordenamiento constitucional, dotado de una herramienta para erradicar grandes desigualdades y el abuso del poder. Como respuesta a dicha crisis surgió la Asamblea Nacional Constituyente que concluyó con la promulgación de la nueva Constitución que a su vez, introdujo conceptos tales como pluralismo, igualdad entre asociados y justicia, los cuales permitieron entre otros el reconocimiento y posterior establecimiento de la Jurisdicción Especial Indígena en Colombia. Dicha Jurisdicción encarna nada menos que la representación de la multiculturalidad que se desarrolla en nuestro país con más de 104 pueblos indígenas junto con sus particularidades, diferentes cosmovisiones y creencias; que dan cuenta de una realidad social y cultural propia de nuestro entorno, y de los distintos sistemas jurídicos que coexisten en nuestro país.

Así las cosas, la Carta Política fue más allá de una simple política de reconocimiento, toda vez que buscó salvaguardar la diversidad cultural encaminada al enriquecimiento de la identidad de la nación colombiana. La protección estatal de las culturas minoritarias representaría un elemento fundamental que impedirían su extinción, y garantizaría la preservación del carácter pluralista del Estado colombiano. Por tanto, el respeto a la Jurisdicción Especial Indígena tiene como fundamento y medida la necesidad de amparo de esta pluralidad cultural.

En el desarrollo de dicho reconocimiento, se dotó a las comunidades indígenas de funciones jurisdiccionales; mediante las cuales cuentan con la posibilidad de implementar medidas correctivas a sus propios comuneros de conformidad con sus normas y procedimientos, dejando a su criterio el tipo de medida que consideren pertinente impartir. Una de dichas medidas consiste en la pena privativa de la libertad, la cual, pese a que para el derecho indígena propio no resultaba acorde con sus postulados de justicia restaurativa, se empezó a implementar al interior de los pueblos ancestrales desde el año 1999, cuando diversas comunidades indígenas optaron por remitir a los condenados en la modalidad denominada “guardados” o “patio prestado” quienes

debían purgar su condena en establecimientos de reclusión propios de la justicia ordinaria y a cargo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-.

Dentro del marco teórico que orienta este trabajo provienen los esfuerzos realizados por diversos autores dentro de los cuales encontramos el aporte del profesor Borja Jiménez; quien respecto del derecho indígena propio y la medida de privación de la libertad ha estimado que la misma no cumple ninguno de los fines que persigue el sistema autóctono, decantándose por las sanciones propias que a su juicio muestran una gran idoneidad para alcanzar los principios de prevención especial, de reciprocidad, equilibrio y de salvaguarda de la paz social.

Por su parte el jurista José Antonio Regalado, ha señalado que la justicia restaurativa está siempre presente en la administración de la justicia comunitaria, reconociendo que la conducta del comunero causa daño a las personas y al grupo en general, los cuales deben ser reparados y por ende, a las partes se les permite participar en el proceso, con el objetivo de lograr nuevamente el restablecimiento del equilibrio social, al indicar que estas medidas no se detienen principalmente en la culpabilidad dolosa o subjetiva, los hechos son objetivos. Por consiguiente, las medidas, no persiguen el pasado sino sobre todo restaurar el orden de las relaciones rotas en la comunidad y mirar hacia el futuro; pues pretenden reparar el daño cometido.

En igual sentido, los psicólogos Ordóñez & Brito estiman que el modelo que conocemos como Justicia Retributiva (que se sirve del Régimen Penal) no ha sido plenamente exitoso. Sus propósitos de disminuir el delito mediante el temor al castigo y lograr la rehabilitación del delincuente con el recurso del encierro, no se han cumplido. Hoy en día, asistimos impotentes a una creciente incapacidad del sistema penitenciario para condenar y rehabilitar a los delincuentes, además de constatar que la prisión no elimina las causas sociales del delito, y en vez de rehabilitar al infractor, lo cualifica en las formas más diversas, sofisticadas y perversas de la delincuencia.

Finalmente dentro de los antecedentes encontramos a la profesora Ávila Ordóñez, quien manifiesta que las penas privativas de la libertad dentro del derecho indígena propio cuentan con muy poca relevancia; entre otras, dado que en razón a sus costumbres y sistema propio, se establecen sanciones distintas conforme a su cosmovisión, la cual estima no deben ir dirigidas hacia el castigo propiamente dicho, sino hacia el restablecimiento de la armonía y la paz social.

Pese a lo expuesto, resulta pertinente poner en evidencia que resultan cada vez más frecuentes las sanciones privativas de la libertad para los comuneros en establecimiento de reclusión, situación que como se verá implica un olvido por parte de las comunidades indígenas de sus coterráneos puestos en estos recintos de reclusión. Esta situación ha traído como consecuencia la violación de sus derechos, pues al ser privados de su libertad a la luz del derecho propio se les impide acceder a cualquier beneficio consagrado por las leyes de la República y la propia Constitución. En ese entendido toma especial relevancia abordar el presente trabajo de corte cualitativo para indagar como pregunta de investigación ¿Cómo el ejercicio y cumplimiento de la medida de privación de la libertad en la Jurisdicción Especial Indígena, ha configurado una violación a los Derechos Humanos de los comuneros condenados y asignados en el EPAMSCAS de Popayán, en el marco del Estado Social de Derecho Colombiano a partir de la Constitución Política de Colombia de 1991?.

Justamente en esa dirección, el objetivo general de la investigación lo constituye el identificar la forma como el ejercicio y el cumplimiento de las medidas correctivas de la Jurisdicción Especial Indígena, configura una violación a los derechos humanos de los comuneros condenados y asignados en el EPAMSCAS de Popayán en el marco del Estado Social de Derecho en Colombia. Para lo anterior, resulta necesario fijar y lograr metas más concretas que orientarán el presente trabajo, por consiguiente, se plantean tres objetivos específicos:

El primero de ellos, se desarrollará en el capítulo I, el cual consiste en caracterizar los elementos propios y los rasgos que identifican el reconocimiento Constitucional de la Jurisdicción Especial Indígena en el marco del Estado Social de Derecho en Colombia; para lo anterior de manera teórica se partirá por el estudio del Estado Social de Derecho y sus principales características, realizando un análisis de las posiciones de Forsthoff y Abendroth; para dar paso de manera específica a los presupuestos contenidos en el reconocimiento del Estado Social de Derecho Colombiano y la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. Con todo lo anterior se introducirá el reconocimiento de la Jurisdicción Especial Indígena en Colombia y sus principales características, para finalmente presentar las tensiones suscitadas entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Especial Indígena, al momento de ejercer las labores jurisdiccionales.

El siguiente objetivo se desenvolverá en el capítulo II, en el cual se pretende contrastar el desarrollo y reconocimiento de los derechos humanos y la dignidad humana como parámetros en la aplicación de la justicia y su repercusión en el derecho indígena propio. Para lo anterior, se partirá por la conceptualización de los derechos humanos desde el planteamiento del profesor Pérez Luño, tema en el que se considerarán los límites lingüísticos del concepto y el debate entre las limitaciones internas y otros conceptos afines, para luego dar paso al estudio de los denominados límites externos y la ley natural. Con posterioridad se planteará la positivización de este tipo de derechos, desde las tesis iusnaturalistas, positivista y realista, para, a partir de lo anterior se analizarán los planteamientos de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el debate respecto de su fuerza jurídica, a partir del estudio de su fundamentación teórica y práctica, bajo los interrogantes planteados por Pérez Luño de ¿derechos humanos o derechos morales? y ¿pueden fundamentarse los derechos humanos?. Finalmente, dentro de este capítulo se presentará un concepto de derechos humanos dignidad humana y su conceptualización por parte de la Corte Constitucional de Colombia, para culminar con un análisis del derecho indígena frente a los presupuestos de los derechos humanos..

Por último, en el desarrollo del capítulo III se presentará el objetivo restante, compuesto por dos segmentos a saber: uno teórico, en línea con lo presentado en los capítulos I y II, y otro mediante el cual se efectuará la presentación del caso de investigación. En este se pretende estudiar el ejercicio y cumplimiento de las medidas correctivas por parte de las autoridades tradicionales al administrar justicia, mediante las experiencias vividas por un grupo de internos condenados a la luz de la Jurisdicción Especial Indígena. Como se enunció en primera instancia, se estudiará el modelo de justicia retributiva y restaurativa y en dicho acápite se indagará por los elementos principales de la finalidad de la pena en el sistema penal occidental, el derecho indígena propio y la justicia restaurativa, para proceder a realizar un contraste de estos y hacer referencia a las medidas correctivas dentro de la Jurisdicción Especial Indígena al margen del estudio de la sentencia T 208 de 2015 proferida por la Corte Constitucional de Colombia y el estudio de la situación de indígenas privados de la libertad en establecimientos carcelarios bajo el concepto de “patio prestado” o en calidad de “guardados”

En el segundo aparte de este capítulo, se desplegará la temática principal del desarrollo del objetivo específico tres, y del objetivo general, compuesta por la presentación de caso de tres

internos puestos en el EPAMSCAS de Popayán condenados por sus autoridades indígenas, a quienes por medio de la elaboración de entrevistas semi-estructuradas, se les indagará por sus experiencias vividas dentro del establecimiento de reclusión en el que se encuentran purgando su condena, y de quienes desde su propia realidad y sus historias se concluirá que el castigo aflictivo de la medida privativa de la libertad personal constituye una violación de sus derechos humanos en el marco del Estado Social de Derecho.

CAPÍTULO PRIMERO

JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA Y ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El reconocimiento constitucional de la Jurisdicción Especial Indígena en Colombia emerge como consecuencia de la consolidación de nuestro ordenamiento constitucional en un Estado Social de Derecho, el cual ha sido producto de diferentes luchas por la reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas, que con su participación dentro de las actividades propias de la Asamblea Nacional Constituyente, consiguieron el establecimiento del pluralismo jurídico en Colombia. Este evento reviste vital importancia, pues con el artículo 246 superior las autoridades indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre y cuando no resulten contrarias a lo dispuesto tanto en la propia Constitución como en las leyes de la República.

Bajo este entendido el desarrollo del presente capítulo en primera instancia se partirá por el estudio del Estado Social de Derecho en general. Siendo esa la intención, realizaré un análisis de las posiciones de Forsthoff y Abendroth, y sus interpretaciones teóricas en cuanto al tema. Tras eso, estudiaré las principales características del enunciado tipo de Estado. Como segundo punto estudiaré los presupuestos contenidos en el reconocimiento del Estado Social de Derecho Colombiano, dentro de este tema esbozaré el concepto de multiculturalismo y la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. Lo anterior introducirá el reconocimiento de la Jurisdicción Especial Indígena en Colombia, acápite en el que plantearé sus principales características para finalmente dentro del tema propuesto presentar las tensiones suscitadas entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Especial Indígena, al momento de ejercer las labores jurisdiccionales propias de cada uno de los sistemas de justicia. En este capítulo adoptaré la metodología historiográfica.

1. ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El surgimiento del Estado Social, en concepto de la autora Sánchez Ferriz, se genera en primer sentido, como respuesta a la profunda crisis vivida por el Estado Liberal, la cual llega a ser insostenible, conllevando a que diferentes países generen dentro de sus modelos diversas transformaciones, con el propósito de “superar las disfuncionalidades de dicha forma estatal sin,

en cambio, renunciar a sus principales postulados (Sánchez:1993,139)

La citada autora nos plantea, como punto de partida que el Estado Social de Derecho emerge históricamente como un intento de transformar el Estado Tradicional o de corte Liberal – Burgués, a las condiciones de la sociedad industrial y postindustrial, junto con sus nuevas y complejas situaciones problemáticas, pero de igual manera con sus nuevas posibilidades a nivel técnico, económico y organizativo. En ese orden de ideas señala que con simplemente dar un vistazo a la realidad latente, es dable percibir la clara diferenciación que ofrece el Estado Social de Derecho, respecto de los postulados del Liberal Clásico, los cuales se manifiestan en los diversos órdenes de la vida.

Las medidas de adaptación en el *campo de lo social* no son totalmente nuevas, pero si en el siglo XIX y principios del XX hay medidas estatales de intervención social, éstas son parciales. Hoy en cambio, las encontramos con carácter generalizado; y esta *generalización* no sólo se da en cuanto al objeto o materias sobre las que recaen las medidas estatales (pues ya no se limitan a la resolución de la más inmediata menesterosidad económica – o medidas de beneficencia-, puesto que se extiende a todos los ámbitos vitales, como la promoción del bienestar, la cultura, el esparcimiento, etc.), sino también en lo que respecta a los *destinatarios* de las mismas, (que ya no son sólo las clases obreras, sino también las clases medias, cuyo porcentaje ha aumentado considerablemente, e, incluso, la totalidad de la población).

Lo mismo ocurrió en el *campo económico*: pese al principio general del *laissez faire*, propio del Estado decimonónico, en todos los países hubo medidas arancelarias destinadas a defender ramos económicos específicos de la competencia exterior. También hubo subsidios estatales a determinadas actividades por considerarse de interés nacional y se promovió la educación tecnológica creando las correspondientes escuelas técnicas. En definitiva, se desplegó alguna medida estatal de intervención económica pero con carácter sectorial y puntual, a modo de medidas subsidiarias correctivas de los desajustes del sistema que se consideraba, en general, autorregulado. Hoy, en cambio, encontramos por doquier una política estatal de dirección permanente y programada del conjunto de actividades económicas. (Sánchez: 1993, 139-140).

En segundo sentido señala Sánchez, la contribución al desarrollo y al surgimiento del Estado Social se enmarca en las posibilidades ofrecidas por lo que denomina el desarrollo tecnológico, en el sentido de que este ha contribuido a la omnipresencia estatal, y que a su vez, se llegue a la función directiva de este factor al Estado mismo, pues es en sus manos en el que debe reposar este tipo de desarrollos.

Los orígenes en la formulación del Estado Social de Derecho, se le deben al jurista alemán Heller (1891-1933)¹, quien se enfrenta concretamente con la crisis de la democracia y del Estado de Derecho, y plantea en su tesis de un punto medio entre el Estado de derecho y la dictadura; en tal sentido Sánchez expresa que;

(...) para ello no es necesario renunciar al Estado de Derecho, sino que bastará con darle un contenido económico y social. Solo el Estado Social de Derecho [escribió en 1929] puede ser una alternativa válida frente a la anarquía económica y frente a la dictadura fascista y, por tanto, sólo él puede ser la vía política para salvar los valores de la civilización (Sánchez:1993,142).

Lo anterior como se sabe, se materializó en la Constitución de Weimar, pues dentro de la historia Constitucional se introdujo una lista de derechos para que fuese parte integral de la propia Constitución, a pesar de que se mantuviera la formulación del propio Estado bajo el modelo del Estado de Derecho, derechos que como es claro devendrían con la desaparición de la concepción liberal de este.

Landwerlin expuso la definición del profesor Heller del Estado Social de Derecho, de esta forma presentó el adjetivo de social para la acepción originaria de Estado de Derecho. Lo anterior con el propósito de recuperar el sentido original asociado a la idea de justicia social e igualdad, al formular lo anterior el autor encuentra que Heller estimó “haber encontrado la línea para renovar la cultura basada en la idea de la razón, desgradada hasta la mitologización por la incapacidad de la burguesía de hacerse cargo espiritual y ético-políticamente de la nueva sociología tras la Primera Guerra Mundial” (Landwerlin:1984, 214).

1.1 Forsthoff y Abendroth, y sus interpretaciones teóricas respecto del Estado Social de Derecho

En el presente aparte se presentarán las interpretaciones de los tratadistas Forsthoff y Abendroth, en la que no se pretende polemizar acerca del concepto del Estado Social de Derecho, si no, realizar un análisis de sus posiciones que se circunscriben a espacios políticos divididos

¹ Hermann Heller Teschen, 1891-Madrid, 1933) Jurista alemán. Después de ejercer como profesor en Kiel, Liepzig y Berlín, y tras la victoria del nazismo, se refugió en España, donde se dedicó a la docencia en Madrid. Precursor de las corrientes sociológicas en el derecho constitucional, sus obras más destacadas son *La soberanía* (1929), *Las ideas políticas contemporáneas* (1930) y *Teoría del Estado* (1934).

dicotómicamente entre izquierda y derecha, situación que data de años atrás y que hasta la actualidad se mantiene presente dentro del ámbito académico.

En primer sentido Forsthoff encuentra como punto de partida la distinción entre Estado de Derecho y Estado Social de Derecho, que representan para el tratadista dos formas radicalmente disimiles, las cuales señala corresponden a dos tipos de sociedades completamente opuestas, la burguesa y la industrial; la primera con su propósito de garantizar la libertad individual en el marco de la Ley por lo que concibe la institucionalidad como un Estado de Derecho; el otro tipo de sociedad, enfrenta como su función primordial la “procura existencial”, de los ciudadanos en sí. Esta situación de enfrentamiento de sociedades viene acompañada, en concepto de Forsthoff, de dos tipos diferentes, dado que para el autor Estado de Derecho y Estado Social son dos formas contradictorias, siempre que sean consideradas a nivel del texto constitucional, es decir como organización técnico-jurídica del Estado. En este sentido Landwerlin estimó como:

(...) la disputa se sitúa en torno al carácter jurídico de los llamados derechos sociales reconocidos en el texto constitucional al carácter de norma jurídica de la Constitución. La Constitución, para Forsthoff, es, por encima de todo, un instrumento jurídico de ordenación política (idib, 1971, página106); por tanto, de administración del poder legítimo, su ámbito de referencia es el poder. La administración, por el contrario, y en oposición de Forsthoff, tiene su ámbito de referencia únicamente en la prestación de servicios, no suponiendo, implícitamente, ningún acto de poder político. Aparece por tanto, una oposición básica, función social versus poder, que marcan los ámbitos de las esferas de la Administración y de la política: “las funciones sociales del Estado son funciones prestadoras. Sirven para posibilitar una existencia digna a los ciudadanos del Estado”. Si son transformadas en medio de dominación, pierden entonces el carácter de “social”. (Landwerlin:1984, 217).

Para Forsthoff en consecuencia, el texto constitucional pretende ordenar el ejercicio del poder por el Estado, como si la administración no hiciera parte del mismo; para el autor la Constitución es únicamente el elemento técnico – jurídico del Estado de Derecho para la ordenación de su poder, destinada a garantizar fundamentalmente la libertad individual; bajo este entendido señala que se genera una pérdida en la razonabilidad del ordenamiento jurídico, reduciéndosele a un elemento de seguridad, al convertir, en palabras del autor el derecho constitucional en casuística. La conclusión a la que llega Forsthoff es, en ese orden de ideas, ubicar el Estado Social dentro del ámbito de la Administración y el Estado de Derecho en la esfera constitucional, situación que se destaca al contraponer la posición que en adelante se estudiará con el presupuesto de Abendroth.

Para Abendroth, la Constitución en sí misma constituye una norma fundamental de Derecho, que constituye y emerge como la base de todo el ordenamiento jurídico y del orden político. Para el autor el origen del contenido del Estado Social de Derecho se remonta a las reivindicaciones obreras del siglo XIX, destacando de esta manera el carácter social del Estado, el cual debe propender por el derecho al trabajo y la satisfacción de las exigencias democráticas, pretendiendo en ese orden de ideas dotar de contenido social los planteamientos del orden económico-social de la institución; en tal sentido Landwerlin estimó que:

(...) la idea de ES con el principio de justicia, a que quiere responder el Derecho. El reconocimiento de carácter social del Estado lleva implícito, puesto que supone un cambio esencial en la concepción del Estado frente a su determinación liberal anterior “perder la creencia en la justicia inmanente del orden económico y social vigente, y que, por tanto, este orden económico y social ha de ser sometido a aquellos órganos estatales en los que está representada la voluntad auto determinante del pueblo” [ibid 1954 pág. 119]. En tal sentido, todos los órganos del Estado han de estar sometidos y orientados a la construcción del Estado Social, entendido este en términos de planificación democrática centralizada y de control democrático de la reestructuración económica y social [ibid 1954 pág. 285] esta conexión de justicia con Estado social no es específica de Abendroth, sino que se encuentra en otros muchos autores, que en la polémica ES frente a ED no acepta la oposición y adopta una postura más próxima a la de Abendroth que a la de Forsthoff. (Landwerlin:1984, 221).

En ese orden de ideas, el autor Gerardo Meil Landwerlin señala que existen puntos centrales sobre los cuales gira la posición de Abendroth y Forsthoff en lo que al Estado Social de Derecho respecta en primer término ubica la valoración de cada uno al texto constitucional, señala el autor que Forsthoff concibe el mismo como una interpretación de carácter liberal decimonónico, por consiguiente se enmarca en la derecha política. Abendroth por su parte, se circunscribe en una posición de izquierda parlamentaria, es decir presupuestos que avalan el principio democrático-parlamentario

La postura de Forsthoff representa la Constitución como como un instrumento mediante el cual se delimitan las funciones del Estado, bajo una perspectiva eminentemente técnico - jurídica, pues desconoce que en él se planteen sistemas de valores contrapuesto a la confianza de este autor en cuanto a su armonioso ordenamiento jurídico, así como como al punto neutral propio del Estado Liberal, Abendroth niega esa neutralidad, identificando el pensamiento Marxista, destacando que tiene como función esencial la realización de ciertos valores básicos de la sociedad democrática

de modo que asegure a los asociados la protección a la autodeterminación, y garantizando un procedimiento jurídico normado ante jueces neutrales.

Por otra parte referente al tema de los valores constitucionalmente consagrados como se ha puesto en evidencia para Forsthoff, la construcción del Estado de Derecho está claramente orientada a las garantías de los derechos individuales en el marco de la Ley, constituyendo esta la única exigencia que para el tratadista este tipo de Estado puede garantizar; en el otro bando se encuentra Abendroth, pues resalta el carácter democrático, de una parte para expresar la voluntad del pueblo, y de otra para poner en consideración el carácter social para la interpretación del principio a la igualdad, el cual trasciende de los individuos, a los distintos grupos, lo cual conlleva poner en acción el derecho de participación, pues para el tratadista, el desarrollo del principio democrático es mediante el cual se permite dotar de contenido jurídico al Estado Social, contrarrestado las críticas que lo califican como carente de contenido.

Finalmente plantea Landwerlin, respecto de los conceptos de justicia que Abendroth y Forsthoff señalan que:

(...) puede verse cómo el planteamiento de Forsthoff obvia la referencia a la justicia para hacer hincapié en la racionalidad forma del ordenamiento que supone configurar al Estado como ED, mientras en Abendroth el reconocimiento constitucional del ESD supone a la par el reconocimiento del carácter injusto del orden económico-social, existiendo una mandato constitucional de realización del ES en los términos arriba expuestos, que enlazan con la organización de la sociedad racional, esto es, la racionalidad es entendida como orden social – que no jurídico-racional. (Landwerlin:1984, 224).

1.2 Características del Estado Social de Derecho

Dentro de las principales características del Estado social de Derecho, encontramos tres ámbitos relevantes, a saber, el político, económico y social. Dentro del político enmarcamos la función que le atañe al Estado de propender por el aseguramiento y la defensa de la democracia, de esta forma la participación de los ciudadanos dentro de las decisiones y órganos que conforman el poder público resulta determinante, lo anterior toda vez que la soberanía del pueblo clama por su eficaz desarrollo en espacios políticos, sociales, económicos y culturales, en este sentido la

participación estriba más allá de un mecanismo de representatividad, en la materialización de relaciones de libertad, igualdad y justicia entre los asociados.

Por otra parte dentro del ámbito económico, al modelo estatal objeto de esta discusión se le exige la función de ser partícipe dentro de las relaciones económicas por medio de una intervención racional, toda vez que se erige como el responsable de la orientación y el establecimiento de las políticas encaminadas a asegurar al conglomerado la participación en el sistema y la práctica de sus derechos económicos; de esta forma le compete al modelo estatal el aseguramiento y protección de los sectores más vulnerables, impidiendo los abusos, controlando los precios, interviniendo los monopolios, es decir, generando en el mercado un sistema de competencia razonable. En igual sentido corresponde al modelo velar por la propiedad privada, colectiva y pública.

Dentro del ámbito social, las obligaciones impuestas a la organización estatal bajo el modelo objeto de estudio, irrumpe la de satisfacer los requerimientos esenciales de los asociados, en especial, y con mayor repercusión las poblaciones más débiles y excluidas, pues por intermedio del aseguramiento y la prestación de servicios, se debe permitir lograr un adecuado nivel de vida, velar por lo que la doctrina germana ha calificado como “procura asistencial”, entendidas estas, ya no como meras exigencias morales, sino como auténticos deberes jurídicos. Para satisfacer esto, se deben adoptar medidas necesarias para garantizar una infraestructura apropiada y los correspondientes recursos para los diferentes programas y políticas que así lo sustenten. La Constitución política, en consecuencia debe adoptar disposiciones de contenido social.

Otro de los puntos fundamentales, y que representan un elemento vital dentro del desarrollo característico del Estado Social de Derecho, lo constituye en el campo axiológico el surgimiento de Derechos Constitucionalizados, denominados de primera, segunda, tercera y nueva generación; Gómez Montañez, estima el desarrollo de las nuevas realidades sociales, los derechos sociales fundamentales constituyen el soporte primordial del Estado Social de Derecho, pues pasan a ser inherentes al poder institucional, un atributo de la persona individual como ser colectivo y base de su legitimación, a través de reconocerles rango de norma constitucional, respecto de los Derechos Fundamentales enuncia que:

(...) aparecen en Francia 1770 en el marco del movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, de 1789”(Pérez Luño 2004:29); “En Alemania, la Asamblea nacional de Frankfurt, proclamó el 27 de diciembre de 1848 una serie de “derechos” bajo el epígrafe: “Los derechos fundamentales del pueblo alemán” (Schmitt, 1966:185); La Constitución de Weimar (Alemania), de 1919, titula su segunda parte “Derechos y deberes fundamentales”; y culmina este proceso con la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, de 1949. Hoy este término lo encontramos con gran predominio constitucional, como declaración solemne de derechos, en especial, en las constituciones europeas después de la Segunda Guerra Mundial que pasan a representar ejemplos paradigmáticos del Estado social en la organización política, y de allí, pasa al continente americano.

Las constituciones políticas nacionales reconocen en los derechos fundamentales una serie de principios y valores, como derechos o carta de derechos con que cuentan las personas que habitan en un Estado. Para Pérez Luño (2004: 46), “Los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suele gozar de una tutela reforzada”. Reconoce que los términos, derechos humanos y derechos fundamentales son utilizados como sinónimos, pero desde el uso lingüístico-jurídico, el término derechos humanos aparece como un concepto de contorno más amplio e impreciso y los derechos fundamentales poseen un sentido más preciso y estricto.

En nuestro ordenamiento jurídico para comprender la definición y alcance de los derechos fundamentales, la Corte Constitucional (1992) estableció que se deben tener dos criterios para definir los derechos fundamentales: un criterio principal: i) si el derecho es “esencial” de la persona humana y, ii) si el constituyente lo reconoció expresamente como fundamental (art. 41); y otro, como criterio auxiliar: i) los tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 93), ii) los enunciados en el artículo 85 que son de aplicación inmediata, iii) la ubicación y denominación del derecho y, iv) la existencia de una súper garantía en su reforma (art. 377 C.P). De allí, la adopción de una interpretación sistemática acompañada de razonabilidad y proporcionalidad. La ponderación de los intereses dependerá de las circunstancias del caso concreto bajo la lupa del principio de proporcionalidad. (Gómez Montañez: 2011, 19-21).

2. ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN COLOMBIA

Para el caso colombiano, el paso al modelo de Estado Social de Derecho se produce tras la promulgación de la Constitución Política de 1991, la cual emerge como respuesta a los difíciles momentos y acontecimientos que se vivían en el país durante la década de los años 80, tiempo en el que se desarrolló un creciente aumento en los índices de violencia y corrupción, lo que conllevó a una de las crisis políticas más agudas en la historia. Se genera en ese entendido un movimiento estudiantil dirigido a promover la inclusión de una “Séptima Papeleta” en las elecciones a celebrarse el 11 de marzo de 1990, la cual tenía como propósito que el pueblo colombiano se pronunciara sobre la convocatoria a una Asamblea Constituyente para reformar la Carta de 1886, iniciativa que arrojó como resultado la Constitución Política de 1991.

Con la nueva constitución se apertura la llegada del Estado Social de Derecho, pues es claro como el mismo artículo 1° dispone que “Colombia es un Estado social de derecho”, factor que representa una serie de transformaciones en la manera de concebir la relación Individuo-Estado; encontramos cómo desde el propio Preámbulo Constitucional se señala que la finalidad de la nueva Constitución es “asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo”. Sumado a lo anterior, se depreca del Estado la obligación de garantizar derechos fundamentales de los asociados, entendidos como “[...] derechos que están adscritos universalmente a todos en cuanto personas, o en cuanto ciudadanos o personas con capacidad de obrar y que son por tanto indisponibles e inalienables” (Ferrajoli: 2001, 24).

Otro de los factores que se produjeron con la llegada del Estado Social de Derecho, lo constituye el hecho que la titularidad de la soberanía deja de residir en la Nación para posarse en cabeza del Pueblo (C. P. Art. 3°), carácter principal de una Constitución Política. En el mismo sentido presenciamos la consagración de la Constitución como norma suprema y de mayor rango, la cual subordina todas las demás disposiciones del ordenamiento jurídico (C.P. Art. 4°), cambiándose así las condiciones de validez: pues de esta forma no basta que una norma sea creada de la forma adecuada, sino que debe estar acorde a los presupuestos constitucionales y como consecuencia no riña con la misma. Por otra parte se introduce un control difuso, entendido como facultad constitucional concedida a los órganos revestidos de potestad jurisdiccional para revisar la constitucionalidad de las normas, haciendo prevalecer la Constitución sobre la ley y ésta sobre cualquier otra norma de rango inferior, pues la llegada del Estado Social de Derecho también se materializa con la creación de la Corte Constitucional, tribunal encargado de salvaguardar y proteger de la Carta Magna.

2.1 Multiculturalismo y Asamblea Nacional Constituyente de Colombia (1991)

Uno de los principales retos de las democracias modernas radica en lo que podemos denominar como multiculturalismo, factor que principalmente estudia el tema del reconocimiento y del trato justo que grupos culturales históricamente discriminados y marginados plantean a la comunidad política. Uno de los teóricos del tema es el filósofo canadiense Will Kymlicka², quien

señala que “Las sociedades modernas tienen que hacer frente cada vez más a grupos “minoritarios” que exigen el reconocimiento de su identidad y la “acomodación” de sus diferencias culturales, algo que a menudo se denomina el reto del “multiculturalismo”, al respecto Guzmán estimo que:

(...) no alude única ni fundamentalmente, a la mera experiencia o constatación sociológica de la pluralidad cultural y de la heterogeneidad de “los mundos de vida”, consecuencia inevitable de los procesos de diferenciación funcional y reflexividad que caracterizan a las sociedades modernas [Giddens, 1993], sino que suponen un conjunto de demandas políticas de nuevos (y viejos) actores sociales que exigen nuevas modalidades de gestión política de la diversidad cultural. Minorías nacionales, grupos de inmigrantes, discapacitados, mujeres, minorías sexuales, grupos religiosos, etc., exigen nuevos derechos que les garanticen el reconocimiento de su identidad cultural diferencial y el acceso igualitario, más no homogenizante, a la comunidad política [De Lucas, 2003]. Este conjunto de “grupos” o “minorías”, que articulan las denominadas “políticas de la identidad” [Fraser, 1997], no sólo aspiran a alcanzar una igualdad formal con otros ciudadanos a través del acceso a los clásicos derechos civiles y políticos, sino que afirman y buscan ser reconocidos como “grupos sociales” con experiencias y perspectivas diferentes [Young, 2000]. (Guzmán: 2004, 12).

Kymlicka plantea dos tesis principales respecto de la teoría liberal de los derechos de las minorías y que se relaciona con el concepto de multiculturalismo que traeremos a este trabajo, una de ellas es el hecho que todo Estado promueve procesos de “construcción nacional” que implican la promoción en todo el territorio de una sociedad que denomina como “cultura societal” determinada, lo que conlleva inevitablemente un trato desigual a los miembros de las culturas minoritarias; y en otro sentido en el hecho de que existe una relación entre la autonomía individual y la cultura, lo que obliga a los liberales a hacer de la pertenencia a una cultura societal significativa un valor fundamental a defender y a distribuir igualitariamente entre los ciudadanos de una comunidad política.

En la primera de ellas Guzmán plantea cómo los derechos de las minorías culturales, bien sea entendidos como grupos étnicos o minorías nacionales, como una respuesta a la promoción de una “cultura societal”, llevada a cabo por cada uno de los Estados modernos en el marco de los procesos de “construcción nacional”. Esta resulta completamente contraria a la idea que el modelo de Estado liberal es neutral en términos etnoculturales.

² Will Kymlicka (1962) es un filósofo político canadiense. Es uno de los más importantes representantes de la filosofía política actual. Sus campos de investigación son los problemas étnicos y la convivencia multicultural, así como la cuestión del funcionamiento del liberalismo clásico en un entorno globalizado y étnicamente fragmentado.

Gran parte del pensamiento político moderno ha asumido y defendido, en términos normativos y empíricos, la neutralidad cultural del Estado, afirmando que el Estado liberal es (debe ser) neutral respecto a las identidades etnoculturales de sus ciudadanos. Dicha neutralidad estaría fundada en el modelo de tolerancia religiosa que implica que el Estado liberal –que surge afirmando la libertad religiosa en el contexto de las cruentas guerras de religión del siglo XVI y XVII– no puede establecer una religión oficial y se limita a garantizar que cada ciudadano pueda adherir libremente en su vida privada a un credo particular. Desde esta imagen de neutralidad, los Estados liberales son pensados como naciones cívicas, que definen la ciudadanía únicamente en términos de adhesión a ciertos principios de democracia y justicia. En ese marco, la demanda de derechos por parte de las minorías culturales aparece como una violación al (supuesto) principio de neutralidad etnocultural de los Estados nacionales liberales. (Guzmán: 2004, 112).

Como se ha visto, los Estados modernos han propendido por llevar a cabo procesos de construcción nacional, que desencadenen en el reconocimiento de los derechos de los asociados menos favorecidos, lo cual en términos de Kymlicka supone la propagación de una única “cultura societal” entendida como una cultura concentrada en un territorio, centrada en torno a una lengua compartida y utilizada por una amplia gama de instituciones societales, tanto en la vida pública como en la privada (colegios, medios de comunicación, derecho, economía, gobierno, etc.) “(...) Se denominan culturas societales para resaltar que no sólo comprenden memorias o valores compartidos, sino también instituciones y prácticas comunes” (Kymlicka: 2003, 112). Bajo el entendido que:

Como escribe Kymlicka “el supuesto de que los nacionalismos culturales minoritarios son una reacción defensiva y xenófoba contra la modernidad es con frecuencia exagerado. Esto puede ser cierto en la actual situación de Ruanda o de Bosnia, pero creo que hoy en día existen muchos casos de nacionalismos minoritarios en todo el mundo que no son tan diferentes del nacionalismo revolucionario francés o estadounidense, en el sentido en que también son movimientos políticos progresistas que procuran la creación de una sociedad de ciudadanos libres e iguales. Tratan de crear una sociedad democrática, definida y unida por una lengua común y un sentido compartido de la historia. Creo que eso es lo que persiguen la mayoría de los nacionalistas catalanes, escoceses y flamencos. No están tratando de esquivar la modernidad, ya que lo que intentan hacer es precisamente crear una sociedad democrática moderna. (...) (Desde esta perspectiva) es un error preguntarse ¿Por qué están tan vinculadas las minorías a su identidad nacional? Como si tratase de una característica exclusiva de los grupos nacionales minoritarios y no también de los mayoritarios. Si formulamos la pregunta de este modo, tendemos a buscar atributos que diferencien a las minorías de las mayorías... por ejemplo, una actitud defensiva, o de resentimiento. Pero en realidad, no hay ninguna prueba de que los miembros de las mayorías estén menos vinculados a su libertad para vivir y trabajar dentro de su “cultura societal” que los miembros de las minorías nacionales. (...) Puede ser desconcertante que la gente en general valore su identidad nacional, pero no tiene nada de desconcertante el hecho que lo hagan las minorías... lo hacen por la misma razón que los miembros de naciones mayoritarias. (...) En muchos casos, la auténtica barrera para un acomodo satisfactorio del nacionalismo minoritario en las democracias occidentales no es que la minoría sea irracional sino más bien que la mayoría no suele estar dispuesta a reconocer siquiera al grupo minoritario como una nación dentro del Estado más amplio. La mayoría suele aferrarse al mito de ser “un Estado-nación” cuyos ciudadanos comparten todos la misma identidad nacional, negándose a aceptar la realidad de que viven en un Estado multinacional” [Kymlicka, 2003a: 278; 1999: 153]. (Guzmán: 2004, 122-123).

Dentro de la segunda tesis planteada por Kymlicka se da el hecho que existe una relación entre la autonomía individual y la pertenencia cultural, pues se afirma que la posibilidad de ejercer la autonomía individual está condicionada a su participación. Resulta determinante entender en este sentido, que el autor vincula esta posibilidad de ejercer la libertad individual, no a la pertenencia, sino a la participación en una “cultura societal” significativa y viable que comprende una lengua común e instituciones y prácticas compartidas. Al respecto; Guzmán estimó que:

El argumento central de Kymlicka, en relación a este vínculo entre autonomía y cultura, es que la libertad, que implica la posibilidad de elegir entre diversas opciones, sólo es posible en tanto nuestra cultura societal nos proporciona un conjunto de alternativas que resultan importantes para nosotros [Kymlicka, 1996]. Así, la posibilidad de autodeterminación no depende sólo de los irrenunciables derechos individuales clásicamente defendidos por el liberalismo, sino de la inserción en una “estructura” cultural que nos “ofrezca” un conjunto de opciones significativas, un rango de posibilidades al interior del cual elegir nuestra propia concepción de buena vida.

Al pertenecer a una cultura societal las personas adquieren un léxico compartido, una matriz de significados comunes, que nos permite comprender el significado de las distintas prácticas sociales y establecer valoraciones sobre las mismas. Un individuo sólo puede auto determinarse a sí mismo si participa y comprende las narrativas culturales que organizan la cultura societal a la que pertenece. Nuestra cultura nos proporciona un conjunto de opciones, así como las pautas a partir de las cuales podemos identificar el valor que las distintas experiencias tienen para cada uno de nosotros. (Guzmán: 2004, 126)

Finalmente Kymlicka realiza una precisión respecto de los Derechos Humanos y justicia etnocultural, en el cual señala, descansan en gran medida los principios de la democracia liberal, doctrina entendida como los valores intrínsecos que toda persona tiene revestida de una dignidad absoluta que debe ser protegida por la misma sociedad y por supuesto el Estado cada asociado tiene derecho a recibir garantías que lo protejan de ser maltratado y oprimido, en consecuencia que se soslayen sus principios y autonomía, lo que Rorty, denomina “una cultura de los derechos humanos”, constituye un logro del pensamiento político posterior a la segunda guerra mundial. Al respecto, Guzmán señala que el interés de Kymlicka, más que participar en las discusiones en torno a los fundamentos de los Derechos Humanos o al supuesto carácter eurocéntrico que subyace a la idea de desarrollar un conjunto único de derechos universales de los individuos, el autor plantea como:

(...) el carácter incompleto de la actual lista de derechos humanos, no protege a las culturas minoritarias de diversas formas de injusticia (incluso las expone a algunas de ellas). Resulta indispensable, por ello, completar esa lista de derechos individuales universales con un conjunto de derechos genéricamente denominados, por distintos autores, como “derechos de los grupos”, “derechos de las minorías”, o “derechos culturales”. El desarrollo de este argumento es central en

la construcción teórica de Kymlicka en tanto le permite enfrentar y rebatir aquellas posiciones mayoritarias en el pensamiento liberal contemporáneo que asumen que los derechos humanos son suficientes para proteger los derechos de las minorías, y que ahí donde se protegen dichos derechos individuales no es necesario atribuir derechos especiales a los miembros de las minorías étnicas o nacionales [Kymlicka, 2003].

Esta posición, que defiende la “suficiencia” de los derechos humanos para gestionar la diversidad cultural en las democracias liberales, queda ejemplarmente expresada en la afirmación del respetado filósofo y jurista argentino Martín Farell, quien concluye en un reciente artículo sobre el multiculturalismo con la siguiente afirmación: “El auge de los derechos grupales es para mí incomprensible. El liberalismo, con su énfasis puesto en la concesión de derechos individuales, basta y sobra para defender la diversidad cultural, y la diversidad cultural es la única aceptable. Estas parecen verdades triviales. Más aún: yo creo que lo son. Mi única excusa para recordarlas ahora es que se las ha venido cuestionando con vehemencia en los últimos veinte años” [Farell, 2000: 227]. (Guzmán: 2004, 142-143)

Para remontarnos a lo que se denominó como la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 en Colombia, debemos enunciar el concepto de este tipo de autoridad superior, denominado como el poder creador del Estado. De acuerdo con la definición de Linares Quintana, el poder constituyente “es la facultad inherente a toda comunidad soberana de darse su ordenamiento jurídico – político fundamental originario por medio de una Constitución, y de reformar este total o parcialmente cuando sea necesario” (Linares: 1970, 439). Esta definición es estudiada de manera especial por Naranjo Mesa en su texto “Teoría Constitucional e Instituciones Políticas”, en los que señala características esenciales.

En primera instancia, estima que su titularidad está en cabeza de la comunidad soberana, es decir, el pueblo como titular de la soberanía nacional; en segundo lugar, que esa facultad consiste en darse su propio ordenamiento jurídico – político fundamental, a través de una Constitución; y finalmente, que el poder constituyente puede ser originario o primario, cuando actúa para dar este ordenamiento por primera vez, o para cambiarlo por otro distinto, y derivado, cuando delega en un cuerpo específico, que puede ser un poder constituido, la facultad de reformar o modificarse el ordenamiento, es decir, para hacer una reforma constitucional. (Naranjo: 1997, 346).

La Asamblea Nacional Constituyente que derivó en la Constitución Política de Colombia del año 1991, representó un giro en la historia política de nuestro país, se trató en este orden de ideas, de una iniciativa acogida por diversos sectores sociales, que llevaría a la redacción de un

nuevo pacto social, el cual daba cuenta de los diferentes cambios a nivel social, esta se generó en un periodo histórico en el que las instituciones democráticas en Colombia se encontraban enfrentadas a grandes problemas sociales tales como narcotráfico, terrorismo y diferentes luchas de poder, la desigualdad se tornaba aguda, gran parte del territorio estaba sumido en la pobreza y en la más cruda violencia, las cuales traían como consecuencia grandes violaciones a los Derechos Humanos, el panorama no resultaba nada alentador

Según la Gaceta Constitucional No. 67 del 4 de marzo de 1991, en la ponencia denominada “Los Derechos de los Grupos Étnicos” por el Constituyente Rojas Birry, en dicha ponencia se expone la conveniencia de la creación de un nuevo capítulo dentro de la Carta Magna, en el que se reconozcan los derechos de los grupos étnicos. Para lo anterior se presentó un informe por parte de la subcomisión de igualdad y carácter multiétnico de la Comisión Preparatoria de Derechos Humanos en la que se expresó que “En Colombia, la ampliación de la democracia y el ejercicio de los derechos humanos pasa por reconocer la heterogeneidad cultural y garantizar el respeto a los pueblos culturalmente diferentes” (Rojas: 1991, 14)

Bajo el anterior entendido, se exponen los argumentos que sustentan la propuesta de la generación de estrategias políticas globales que posibiliten que estos pueblos, con largas historias de marginamiento, logren su participación en condiciones de igualdad y con sus formas tradicionales en la vida nacional. Esta participación debe ir acompañada por su derecho a que sus leyes, usos y costumbres se vean reflejadas en el sistema jurídico y en las instituciones políticas de índole nacional. Para ello se exponen dentro del mencionado texto los argumentos que justifican la propuesta y que dentro de este trabajo citaremos los de mayor repercusión.

El primero de ellos, es el reconocimiento del carácter multiétnico y pluricultural de la nación, el cual tienen como propósito la reconstrucción de la identidad nacional, tomando como base la premisa del respeto y reconocimiento de la pluralidad. Dicho reconocimiento ya se considera parte en la referencia propiamente política del pluralismo y al reconocimiento del carácter multiétnico y pluricultural del pueblo colombiano, por lo cual, dentro del texto se presenta la necesidad de que estas disposiciones hagan parte de un título nuevo dentro de la constitución

que materialice el respeto a dichos presupuestos. Lo anterior, encaminado a que en palabras del Constituyente Rojas Birry:

(...) los grupos étnicos contribuyamos a definir el futuro de la nación, para que asumamos la responsabilidad colectiva y solidaria de construir responsabilidad colectiva y solidaria de construir una nueva nación libre de la pobreza, del miedo y de la desesperanza. A la pérdida de valores, a la progresiva desintegración y crisis de la sociedad colombiana, es preciso responder reformando las bases mismas de la formación de la identidad nacional: fortaleciendo lazos de solidaridad que tengan como presupuesto fundamental el respeto por la diversidad, el reconocimiento de la diferencia y su vinculación mediante su participación. Esa vinculación debe tener como presupuesto el respeto y el reconocimiento de nuestra cultura, de nuestras formas de vida. Esta forma de vida debe ser respetada por las autoridades y por todas las personas: de lo contrario, los mismos valores proclamados por la nueva Constitución (paz, libertad, igualdad) se verán de hecho negados. El camino hacia una sociedad democrática y pluralista requiere del reconocimiento y respeto efectivo a la diversidad étnica y cultural. (Rojas: 1991, 14).

En igual sentido, se presenta antropológicamente al sujeto de derechos, es decir, las características del asociado, enmarcadas dentro de su identidad cultural. Entre los principales rasgos de este se tiene que, el mismo debe poseer un legado cultural tradicional, el cual constituya su relación con el mundo externo y garantice su identidad, a saber, con el mantenimiento de su religión, mitos, usos y costumbres, expresiones artísticas, entre otros. Como segundo punto se encuentra el sentimiento de pertenencia hacia su grupo o colectividad que genera una identidad cultural al mismo; en tercer lugar el contar con su propia organización social, que se diferencia de la sociedad nacional en su conjunto, esta organización debe regular el comportamiento al interior del grupo étnico y debe estar dotada con instrumentos que permitan la distribución de oportunidades y los beneficios para sus miembros; como cuarto ítem está el de contar con formas de control social, el cual reviste de una gran importancia, pues se trata de las reglas que aseguren la cohesión social, mediante la aplicación de sanciones por parte de las autoridades propias, y que conlleven a la armonización del grupo. Finalmente encontramos las variables del territorio, la lengua como garantes en la conservación del legado cultural, características que en opinión del Constituyente Rojas Birry, cuentan las comunidades de los pueblos indígenas, las comunidades negras y la comunidad isleña raizal del Archipiélago de San Andrés y Providencias.

El reconocimiento constitucional constituye para la ponencia presentada ante la asamblea, la materialización del derecho colectivo a la identidad cultural y a la autonomía, en el sentido que se señala que el reconocimiento de los mismos constituye el goce de derechos de carácter

fundamental, derechos de la persona humana. Lo anterior justifica tener formas propias de organización social, de gobierno y de justicia, a tener una educación y unas practicas tradicionales de medicina, todo lo anterior enmarcado dentro de sus propios usos y costumbres. Por lo anterior concluye el Constituyente que dado los instrumentos internacionales ratificados por Colombia (Convenio 107 de la OIT, la Declaración Universal sobre la Raza y los Prejuicios Raciales conferencia General de la UNESCO (1957), la Declaración y programa de acción para combatir al racismo y la discriminación racial ONU (1983), el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países Independientes (1989) ratificado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991) se hace necesario el reconocimiento y respeto de los derechos políticos y económicos en protección a la conservación de la identidad cultural de los grupos étnicos, con lo anterior surge constitucionalmente el reconocimiento del Pluralismo Jurídico en Colombia, el cual se materializa con la eclosión de la Jurisdicción Especial Indígena en nuestro país.

2.2 La Jurisdicción Especial Indígena en Colombia

La consagración e inclusión dentro del texto constitucional de la Jurisdicción Especial Indígena (en adelante JEI), da cuenta de una lucha reivindicatoria lidiada hace muchos siglos atrás por las diferentes comunidades indígenas, disputas vigentes hasta la actualidad por medio de las denominadas *mingas indígenas* en pro de la defensa de estas comunidades. Es así como el artículo 246 constitucional consagra la JEI como la potestad que tienen las autoridades tradicionales de los diferentes pueblos indígenas para darse a su propia justicia enmarcados dentro de su ámbito territorial, conforme a sus normas y procedimientos, imponiendo como límite la propia constitución y las leyes nacionales, delimitación que trataremos en específico más adelante en el desarrollo de este trabajo.

Este reconocimiento, ha sido objeto de numerosas investigaciones, en este sentido autores como Hernán Darío Benítez, han señalado respecto de la JEI y su definición como “una verdadera entidad *sui generis*, constituida desde la semejanza con categorías conceptuales de la sociedad nacional, no con sus propios instrumentos teóricos y, no obstante, al margen de las tipologías tradicionales de esas categorías” (Benítez: 1997, 85).

Marco Constitucional: El reconocimiento constitucional de la JEI en el artículo 246 superior, constituye la materialización de uno de los derechos de las comunidades indígenas, enmarcado en la autonomía jurisdiccional, porque si bien es cierto se complementan, resulta necesario dar claridad en que no constituyen un mismo marco normativo, lo anterior encuentra fundamento en que:

Los derechos de las comunidades indígenas, puede agruparse en cuatro derechos principales, de los cuales se derivan otros derecho, sin que esto signifique que sean accesorios a los primeros, al igual que instituciones y otras manifestaciones que realizan el principio de diversidad étnica y cultural y la importancia de las diferentes culturas existentes en el país, para el desarrollo de la nación colombiana, dentro de un contexto de respeto y tolerancia hacia la diferencia. Estos derechos principales son: el derecho a la identidad cultural, derecho a la autonomía, derecho al territorio y derecho a participar e interactuar con la sociedad nacional en términos que aseguren el respeto a la identidad cultural de las diferentes comunidades étnicas.

Es por esto, que no puede confundirse el conjunto de derechos fundamentales de las comunidades indígenas, entendidos, como aquellos derechos radicados en cabeza de un ente colectivo que goza de identidad cultural propia, que son inherentes a esta, y buscan proteger la existencia, subsistencia e integridad de la comunidad y la preservación de sus tradiciones y manifestaciones culturales, con el ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena, el cual, si bien es cierto, se sustenta igualmente en el principio de diversidad étnica y cultural, es una manifestación particular del derecho, a la autonomía, en el entendido que se le otorga a la facultad a las autoridades tradicionales de las respectivas colectividades, de administrar justicia dentro de su territorio, siguiendo los procedimientos tradicionales, conforme a las normas, usos y costumbres propias de su cultura.

En esa medida, el campo que abarca el conjunto de derechos fundamentales que han sido reconocidos por la Constitución y por instrumentos internacionales que se han hecho parte de la misma, es sustancialmente más amplio que aquel que comprende el ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena, sin perder de vista, que a través de dicho ejercicio, se puede lograr la protección y el reconocimiento de los derechos propios de las comunidades indígenas (Mora: 2003, 76).

En conclusión, como se vio anteriormente el carácter pluriétnico y multicultural del pueblo colombiano, ha sido el génesis para la consagración constitucional de la JEI, impulsado desde la propia Asamblea Nacional Constituyente, lo anterior da cuenta que los derechos individualmente reconocidos, se constituyen como fundantes y pasaran a convertirse en colectivos.

Principio de diversidad étnica y cultural: El artículo 7 de la Constitución Política de Colombia establece que “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”, dicho reconocimiento resultaba innegable, en el sentido de la interacción de los diferentes grupos sociales que confluyen en la sociedad, acompañado de una multiplicidad de cosmovisiones, de esta forma el reconocimiento de este principio “constituye el presupuesto básico

para la efectividad de los derechos indígenas, dentro de los cuales se encuentra, el derecho a la autonomía cuya expresión más representativa es una jurisdicción especial, en la que sus propias autoridades tradicionales ejerzan funciones jurisdiccionales conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial” (Mora: 2003, 91)

Este principio como se ha visto, ha tenido un gran desarrollo vía jurisprudencial, en el sentido de reconocerlo como un principio fundamental del Estado, pues emerge como “una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental” (Corte Constitucional: Sentencia T-406 1992), tal como lo expresa Mora Torres (2003), dicha consideración fue confirmada hacia el año 1993, en donde, solo se pasa a reconocer que los principios fundamentales del Estado “representan un marco obligado marco de referencia en la interpretación de las normas constitucionales”, conllevando a la prevalencia de la integridad étnica, cultural, social, y económica de las comunidades, en este sentido el desarrollo que la Corte Constitucional le ha dado al mismo, representa el pilar fundamental y de referencia para todos los derechos indígenas, que conllevarán, a que la propia comunidad sea entendida como sujetos colectivos de derechos, sin distinción de los miembros y de los derechos que tienen *per se* cómo asociados al Estado colombiano, al respecto consigna la autora el aparte de la sentencia de la siguiente manera:

La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser “sujeto” de derechos fundamentales. En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a “la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana” [Cpart, 1 y 7]

La protección que la Carta extiende a la anotada diversidad se deriva de la aceptación de formas diferentes de vida social cuyas manifestaciones y permanente reproducción cultural son imputables a estas comunidades como sujetos colectivos autónomos y no como simples agregados de sus miembros que, precisamente, se realizan a través del grupo y asimilan como suya la unidad de sentido que surgen de las distintas vivencias comunitarias. La defensa de la diversidad no puede quedar librada a una actitud paternalista o reducirse a ser mediada por conducto de los miembros de la comunidad, cuando ésta como tal pueda verse directamente menoscabada en su esfera de intereses vitales y, debe, por ello, asumir con vigor su propia reivindicación y exhibir como detrimentos suyos los perjuicios o amenazas que tengan la virtualidad de extinguirla. En este orden de ideas, no puede en verdad hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorgan en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas que es lo único que les confiere estatus para

gozar de los derechos fundamentales y exigir, por si mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados [CP art 1,7 y 14]

(...)

El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en la Constitución supone la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental. Algunos grupos indígenas que conservan su lengua, tradiciones y creencias no conciben una existencia separada de su comunidad. El reconocimiento exclusivo de derechos fundamentales al individuo, con prescindencia de concepciones diferentes como aquellas que no admiten una perspectiva individualista de la persona humana, es contrario a los principios constitucionales de democracia, pluralismo, respeto a la diversidad étnica y cultural de protección de la riqueza cultural. (Mora: 2003, 53, 54,99)

Principio de autonomía: este principio emerge como uno de los logros más importantes en cuanto al reconocimiento constitucional de la JEI, lo anterior tiene sustento en la posibilidad de las comunidades indígenas, de darse su propia forma de organización social, económica y política, adicional a impartir justicia a sus comuneros en virtud de sus propios usos y costumbres, lo cual para el Estado Social de Derecho atañe a la aceptación del mismo de la autonomía en sus decisiones.

En este aparte, resulta necesario hacer referencia al convenio 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales, instrumento que fue incluido en la legislación colombiana en el año 1991, y que goza en nuestro ordenamiento jurídico interno de una jerarquía superior a la ley, ya que al consagrar derechos humanos, forma parte del llamado bloque de constitucionalidad. El principal logro de este convenio lo constituye el hecho del cambio de actitud frente a la relación de los Estados con los pueblos indígenas; el cual paso de una política integracionista a una de reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de las naciones que conllevaría a la autonomía.

En suma, el derecho fundamental a la autonomía se caracteriza por expresiones tan diversas como grupos étnicos existan, lo anterior dadas las características de su identidad cultural, su cosmovisión y sus usos y costumbres ancestrales que los caracteriza. La autonomía como derecho colectivo emana de principios esenciales de la Constitución Política de 1991, tales como los consignados en los artículos 1, 2 y 7, cuyos preceptos emergen como pilares fundamentales de su reconocimiento. Dichos principios y derechos deben ser garantizados por el Estado, sus entidades públicas y autoridades, de esa manera asegurar el cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho.

Con lo anterior, y en referencia a la autonomía de la JEI, esta también ha sido objeto de numerables pronunciamientos jurisprudenciales provenientes de la Corte Constitucional, uno de ellos, y que puede ser considerado como parámetro dentro de la discusión, lo presenta la sentencia T-921/13, dicha providencia señala:

“En primer lugar, la Corte ha señalado que los conflictos deben resolverse a favor del principio de maximización de la autonomía, es decir, los jueces y las demás autoridades deben favorecer el derecho de las comunidades a la autonomía, salvo cuando (i) esté de por medio un derecho fundamental de uno de sus miembros u otro principio constitucional que adquiera mayor peso en la ponderación que se lleva a cabo en el caso concreto[50] o (ii) la restricción de la autonomía constituya la medida menos gravosa posible”. [51]

En segundo lugar, la jurisprudencia constitucional ha defendido el principio de mayor autonomía para la decisión de conflictos internos, según el cual el respeto por la autonomía debe ser mayor cuando el problema estudiado por el juez constitucional involucra solo a miembros de una comunidad, que cuando el conflicto involucra dos culturas diferentes. En esta última hipótesis deben armonizarse principios esenciales de cada una de las culturas en tensión, es decir, la jurisprudencia ha invitado a establecer un diálogo intercultural. [52]

Por último, la Corte ha defendido el principio a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía. Según este principio, en el caso concreto debe sopesarse el grado de aislamiento o integración de la comunidad indígena involucrada respecto de la cultura mayoritaria. [53] Al respecto, en la sentencia T-349 de 1996 [54], la Corte sugirió que en cada caso el juez debe examinar las características específicas de la comunidad de la que se trata, puesto que no todas le otorgan la misma importancia a las posibilidades de determinar cada uno de sus asuntos. Posteriormente, en la sentencia T-496 de 1996 [55], la Corporación agregó que “el procedimiento de solución de conflictos entre unidad y autonomía debe atender a las circunstancias del caso concreto: la cultura involucrada, el grado de aislamiento o integración de ésta respecto de la cultura mayoritaria (...)”. Más recientemente, en la sentencia T-514 de 2009 [56], la Corte precisó que la idea de que las comunidades indígenas que se han asimilado en mayor medida a la cultura mayoritaria, deben también regirse en mayor medida por las leyes de la República en virtud del principio de unidad, debe tomarse como “una constatación descriptiva y no como un precepto normativo”. (Corte Constitucional: Sentencia T-921 2013)

Reconocimiento Territorial: las funciones jurisdiccionales entregadas a la JEI por medio de la Constitución Política de 1991 se circunscriben espacialmente a un determinado territorio, el cual fija los límites dentro de los cuales las comunidades indígenas se encuentran legitimadas a ejercer su autoridad ancestral. Sin embargo el tema aún resulta problemático en el sentido de que en ocasiones existen diversas formas de territorios indígenas, pues no todos estos grupos se encuentran legalmente constituidos.

Sin embargo, pese a lo expuesto en referencia a la problemática suscitada en cuanto al reconocimiento territorial por no existir delimitación para tal, se ha dicho que este ámbito debe

trascender de su dimensión geográfica, para resaltar que este significa la pertenencia a dicha tierra, y su relación con ella, pues lo anterior tiene gran relevancia en el sentido que constituye el reflejo de su cosmovisión que estructuralmente la caracteriza de otras visiones. Bajo este entendido, lo territorial consignado en el artículo 246 superior, hace referencia a “aquellos territorios indígenas, frente a los cuales, las comunidades tienen un principal arraigo, y constituyen punto referencial de su cultura, por ser un legado de los ancestros, que se erigen como la principal fuente de sus formas culturales” (Mora: 2003, 158).

Competencia y fuero indígena: otro de los elementos, lo constituye la competencia de las autoridades tradicionales y el denominado fuero indígena, por medio del cual, en principio se prohibiría el juzgamiento de comuneros por parte de otras Jurisdicciones, lo que implica que deban ser tratados por conductas que hayan cometido, conforme a las normas y procedimientos propios de la cultura a la que pertenecen.

Dicho factor, ha presentado en igual sentido un desarrollo jurisprudencial por la Corte Constitucional colombiana, pasando de la férrea posición del fuero indígena que sustraiga al mismo del juzgamiento por parte de otra Jurisdicción, a la posición de la inexistencia de un fuero absoluto, inclinando la posición jurisprudencial a un fuero relativo. Lo anterior se presenta en el sentido que para la Corte, la condición de un indígena *per se*, no resulta suficiente para derivar de manera automática un fuero especial, que aleje su juzgamiento de otras jurisdicciones. En este desarrollo encontramos lo señalado por el máximo órgano en materia de constitucionalidad en sentencia T – 921 de 2013 expuso:

4.4.1.1. El fuero indígena es el derecho del que gozan los miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, a ser juzgados por las autoridades indígenas, de acuerdo con sus normas y procedimientos, es decir, por un juez diferente del que ordinariamente tiene la competencia para el efecto y cuya finalidad es el juzgamiento acorde con la organización y modo de vida de la comunidad[60].

4.4.1.2. En este sentido, se constituye en un mecanismo de preservación étnica y cultural de la Nación colombiana en tanto se conservan las normas, costumbres, valores e instituciones de los grupos indígenas dentro de la órbita del territorio dentro del cual habitan, siempre y cuando no sean contrarias al ordenamiento jurídico predominante[61].

4.4.2. Criterios que determinan la aplicación del fuero indígena

En virtud de lo anterior se ha presentado una evolución paulatina en torno al reconocimiento de los factores o criterios que determinan la aplicación del fuero indígena:

4.4.2.1. La Sentencia T-496 de 1996 señaló que existían dos (2) factores para establecer la jurisdicción indígena: (i) el personal “con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad” y; (ii) el territorial “que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas”[62].

4.4.2.2. La Sentencia T-934 de 1999 reconoce que existen 2 elementos necesarios para determinar la jurisdicción que ha de aplicarse a una persona perteneciente a alguna de las comunidades a las cuales les fue reconocida una jurisdicción especial: “El primero, aplicable al individuo en razón a su pertenencia o no a la comunidad indígena que permita su sometimiento a las normas y procedimientos que la rigen. El segundo, relacionado directamente con la conducta desarrollada y su ocurrencia al interior del territorio indígena”[63].

4.4.2.3. La Sentencia T-728 de 2002 reiteró que el fuero indígena comprende entonces dos elementos esenciales, el personal “con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad”[64] y el territorial “que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas”[65].

4.4.2.4. La Sentencia T-552 de 2003 señaló que el fuero indígena comprende tres elementos esenciales, a saber: (i) el personal “con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad”[66]; (ii) el territorial “que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas”[67] y (iii) el objetivo, “referido a la calidad del sujeto o del objeto sobre los que recae la conducta delictiva”[68]. Así mismo, esta sentencia reconoció que para que proceda la jurisdicción indígena sería necesario acreditar que “(i) nos encontramos frente a una comunidad indígena, que (ii) cuenta con autoridades tradicionales, que (iii) ejercen su autoridad en un ámbito territorial determinado; (iv) la existencia de usos y prácticas tradicionales, tanto en lo sustantivo como en lo procedimental y, (v) la condición de que tales usos y prácticas no resulten contrarias a la Constitución o a la Ley”[69].

En este sentido, señala que estas dos (2) últimas condiciones plantean un específico problema de interpretación en orden a determinar la aplicación de la jurisdicción indígena en una situación determinada, por cuanto la consideración de las mismas puede hacerse ex ante, como un requisito de procedibilidad de la jurisdicción especial, o ex post, como condiciones que gobiernen el ejercicio de la misma[70].

4.4.2.5. La Sentencia T-1238 de 2004 expresó los elementos del fuero indígena[71] y señaló que frente al elemento subjetivo “el aspecto relevante es la pertenencia de los individuos a una determinada comunidad indígena, sin que sea suficiente acreditar los rasgos meramente étnicos. Por ello no basta con acreditar que una persona pertenece a una determinada etnia como presupuesto, junto con los demás, para la procedencia del fuero. Es necesario, además, acreditar que la persona se encontraba integrada a una comunidad y vivía según sus usos y costumbres”. [72]

4.4.2.6. La Sentencia T-009 de 2007 reiteró los criterios para la determinación de la competencia de la jurisdicción indígena, según la jurisprudencia constitucional: (i) personal (el miembro de la comunidad indígena ha de ser juzgado de acuerdo a sus usos y costumbres); (ii) geográfico (cada comunidad puede juzgar los hechos que sucedan en su territorio, de acuerdo a sus propias normas). Adicionalmente, agregó que para que proceda la aplicación de la jurisdicción indígena “no es suficiente la constatación de estos dos criterios ya que también se requiere que existan unas autoridades tradicionales que puedan ejercer las funciones jurisdiccionales, la definición de un ámbito territorial en el cual ejercen su autoridad, además de la existencia de usos y prácticas

tradicionales sobre la materia del caso y, la condición de que tales usos y prácticas no resulten contrarias a la Constitución o a la Ley en lo que respecta a los límites mínimos señalados en la sentencia”[73].

4.4.2.7. La Sentencia T-1026 de 2008 señala que el fuero indígena comprende tres elementos esenciales: “i) el personal “con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad”[74]; ii) el territorial “que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas”[75] y iii) el objetivo, “referido a la calidad del sujeto o del objeto sobre los que recae la conducta delictiva”[76]. (Corte Constitucional. Sentencia T – 921 2013).

Límites de la JEI: la propia Constitución en principio consagra en su artículo 246, que la autonomía de las funciones jurisdiccionales con las que se dotó a las comunidades indígenas encuentra límite en la propia Constitución y las leyes de la República. En principio esta limitación pareciera no ser consecuente con el propósito del ejercicio realizado por la Asamblea Nacional Constituyente, pues significaría la adecuación de sus procesos a las codificaciones propias de los no indígenas; sin embargo es necesario expresar que la misma Constitución da vida a la JEI, y esta se encuentra inmersa dentro de un Estado Social de Derecho, en consecuencia debe seguir los lineamientos específicos de este tipo de conglomerado.

Derechos fundamentales como límite a la JEI: el desarrollo de los límites que se le han impuesto a la JEI, para el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales ha tenido un creciente desarrollo jurisprudencial, de esta forma se pasó de una posición de la Corte Constitucional expresada en la sentencia T- 254 de 1994, constitutiva de establecer de manera tajante que todos los derechos fundamentales emergían como un límite al principio de diversidad étnica y constitucional; en consecuencia, Mora expone respecto del mencionado proveído que:

Una de las reglas de interpretación que implantó en esta oportunidad señala que estos constituyen un límite material a los códigos de valores de las comunidades indígenas, pues se erigen como un mínimo obligatorio para la convivencia social, en la medida que éstos se fundamentan en normas transculturales, y frente a los cuales existe una aceptación por parte de las comunidades, que se vieron representadas directamente en la Asamblea Nacional Constituyente.

Dentro de este contexto, realizó el análisis constitucional del derecho fundamental del debido proceso frente al ejercicio de la Jurisdicción Especial, señalando que sin importar cuál sea el contenido de las disposiciones jurídicas internas de las comunidades indígenas, se debe respetar en núcleo esencial de este derecho, el cual garantiza los principios de legalidad, imparcialidad, juez natural, proporcionalidad, entre otros (...) (Mora: 2003, 176).

Con el paso del tiempo, la posición del Tribunal Constitucional cambió, así las cosas, desde el año 1996 se exaltó como base de interpretación frente a la autonomía de la JEI, el principio de maximización de la autonomía y restricción de las limitaciones. Bajo este entendido luego de la sentencia T-349 de 1996, se acudió a la idea de que las limitaciones deben estar ceñidas a lo que “verdaderamente resulta intolerante por atentar contra los bienes más preciados del hombre”, de los que este proveído judicial consideró:

“A juicio de la Sala, este núcleo de derechos intangibles incluiría solamente el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura. Dos son las razones que llevan a esta conclusión: en primer lugar, el reconocimiento de que únicamente respecto de ellos puede predicarse la existencia de un verdadero consenso intercultural. En segundo lugar, la verificación de que este grupo de derechos se encuentra dentro del núcleo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados de derechos humanos, derechos que no pueden ser suspendidos ni siquiera en las situaciones de conflicto armado.

A este conjunto de derechos habría que agregar, sin embargo, el de la legalidad en el procedimiento y, en materia penal, la legalidad de los delitos y de las penas, por expresa exigencia constitucional, ya que el artículo 246 taxativamente se refiere a que el juzgamiento deberá hacerse conforme a las “normas y procedimientos” de la comunidad indígena, lo que presupone la existencia de las mismas con anterioridad al juzgamiento de las conductas. Pero claro, la exigencia en este caso no puede ir más allá de lo que es necesario para asegurar la previsibilidad de las actuaciones de las autoridades; de otra manera, el requisito llevaría a un completo desconocimiento de las formas propias de producción de normas y de los rituales autóctonos de juzgamiento, que es precisamente lo que pretende preservarse” (Corte Constitucional: Sentencia T-349 1996)

En el mismo sentido, respecto del desarrollo por parte de la Alta Corte en cuanto a los límites de la JEI, encontramos lo consignado en la sentencia C-882 de 2011, providencia que reconoció la existencia de unos límites constituidos en el marco de los Derechos Humanos, y la realización de actos arbitrarios que generen lesiones graves a la dignidad humana, constituido como el elemento central de los derechos fundamentales dentro del Estado Social de Derecho, la sentencia en mención registro que:

“En primer término, ha defendido una teoría de mínimos en términos de derechos humanos que no pueden librarse a la autonomía de los pueblos indígenas. Estos mínimos también han sido denominados núcleo duro de los derechos humanos.[31] Una de las primeras oportunidades en las que la Corte se pronunció sobre tales mínimos fue en la sentencia T-349 de 1996[32], al revisar la tutela interpuesta por un miembro de la comunidad indígena embera-chamí contra las autoridades del cabildo, por imponerle una pena de 20 años por el homicidio de otro indígena, en su concepto, con desconocimiento del debido proceso. La Corte consideró en este fallo que la jurisdicción especial indígena y la posibilidad de gobernarse por leyes propias encuentran límites en “(...) lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre.” En el caso bajo revisión, la Corte estimó que la comunidad había excedido sus facultades jurisdiccionales y desconocido el debido proceso del actor -uno de los derechos mínimos que

limitan la jurisdicción especial indígena- por imponerle una sanción no prevista de antemano por el derecho propio de la comunidad, es decir, una sanción no previsible.

En segundo término, la Corte también ha indicado que constituye un límite de la jurisdicción especial indígena “la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana al afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad.”[33] Como se indicó en la sentencia T-514 de 2009[34], el concepto de derechos fundamentales es distinto al de “núcleo duro de los derechos humanos”, que son solamente los delimitados en las sentencias antes analizadas. El límite que ahora se explora se refiere a los contenidos que no pueden ser limitados de todos los derechos fundamentales de los miembros de las comunidades indígenas”[35]. (Corte Constitucional: Sentencia C-882 2011)

Finalmente siguiendo la línea expresada por la Corte para el caso en comento, resulta pertinente traer a colación, dentro de las temáticas que se abordaran en esta investigación lo rescatado en el proveído T-097 de 2012, en este caso de estudio que los límites aceptables a la autonomía de la JEI, hace referencia a que deben ser garantizados, derechos como el de la vida, la dignidad humana, la prohibición de la tortura, la esclavitud y el debido proceso, en este orden de ideas señala la sentencia que:

De esta manera, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la existencia de las siguientes limitaciones al ejercicio de la jurisdicción indígena:

- (i) Los derechos fundamentales y la plena vigencia de éstos últimos en los territorios indígenas. En este sentido, no podrá afectarse el núcleo duro de los derechos humanos.
- (ii) La Constitución y la ley y en especial el debido proceso y el derecho de defensa.
- (iii) Lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre constituidos por el derecho a la vida, por las prohibiciones de la tortura y la esclavitud y por legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas.
- (iv) Evitar la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana. (Corte Constitucional: Sentencia T-097 2012)

2.3 Tensiones entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Especial Indígena

El desarrollo de las funciones jurisdiccionales de la JEI frente a la Jurisdicción Ordinaria en Colombia, ha generado un debate permanente en cuanto al tema de la condición de imputabilidad e inimputabilidad³, “El sistema penal colombiano ha consagrado varios criterios

³ “La imputabilidad es la capacidad psíquica de una persona de comprender la antijuridicidad de su conducta y de no adecuar la misma a esa comprensión” (MACHICADO, 2013) “Inimputabilidad, más que una condición, es el juicio jurídico atribuible a la persona que, habiendo perpetrado una acción delictiva, satisface las premisas contenidas en el artículo 33 de la normatividad penal. Inimputable es, al contrario del imputable, el sujeto que al ejecutar la conducta típica no estaba en condiciones de conocer y comprender su antijuridicidad o de orientar su comportamiento de

reguladores de la imputabilidad y la inimputabilidad, con la finalidad explícita de sujetar a los indígenas a las disposiciones de la ley penal nacional”, (Becerra: 2006, 213), desde hace mucho tiempo los indígenas han sido calificados como seres disminuidos y tildados de incapaces y salvajes, imponiendo el Estado a través de su legitimación sus leyes a los individuos pertenecientes a los diferentes grupos étnicos; lo anterior dado que como estimó Becerra:

Desde el precitado reconocimiento hasta el día de hoy se ha sumergido a los miembros de estos grupos étnicos en una incertidumbre respecto de cada caso concreto si el sujeto trasgresor de la ley penal nacional o indígena, debe ser sometido a una o a la otra, dualidad que tiene sus orígenes desde el establecimiento de los dos sistemas jurídicos coexistentes, a manera de herencia colonial, y es en ese preciso momento donde surgen diversos interrogantes y cuestionamientos en referencia a ¿cuál es el sistema de normas penales aplicable a un indígena que ha cometido un delito, considerado como tal por la ley penal colombiana en un territorio ajeno a su comunidad?, ¿Es constitucional seguir considerando al indígena como sujeto de derecho penal nacional cuando la norma de normas consagra el reconocimiento de la JEI y la autonomía de sus autoridades tradicionales? Y ¿No está legitimando la coexistencia de estos dos sistemas penales (el nacional y el indígena), atendiendo a la mayor o menor rigurosidad de las consecuencias consagradas en cada una de ellos? (Becerra: 2006, 251)

Esta situación se presenta dada la coexistencia entre las dos jurisdicciones, pues el indígena en principio puede ser sujeto de la ley penal nacional y de su propia jurisdicción; lo anterior representa un híbrido donde conjugan enunciados de tipo constitucional y legal y dentro de la cual, la respectiva función jurisdiccional puede ser ejercida bien sea por las autoridades indígenas o un juez representante de la jurisdicción ordinaria, dejando como factor determinante presupuestos tales como el fuero personal, la territorialidad, grados de aculturación del indígena, y finalmente a la imputabilidad e inimputabilidad del miembro por diversidad sociocultural. El artículo 246 Constitucional, y esa exhortación sumergida al legislador para que reglamentara su aplicación, ha generado un gran vacío legal, consistente en la omisión legislativa para expedir la Ley de coordinación entre la justicia ordinaria y la jurisdicción indígena, llegando al punto en ocasiones de tildar por parte de la justicia indígena casos de difícil solución, los cuales son remitidos para la jurisdicción ordinaria acudiendo a la rigurosidad de las sanciones que esta representa, “presenta una evidente dificultad considerando que esta nueva práctica integrada en las decisiones de algunas autoridades indígenas estaría contraviniendo la consagración de esta jurisdicción especial al instrumentalizar la justicia penal nacional, reservándola como mecanismo penal de mayor

conformidad con dicha comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental o circunstancias socioculturales específicas” (GAVIRIA, 2005)

drasticidad, dejando en segundo plano la autonomía de las autoridades tradicionales para efectos de dirimir conflictos de especial gravedad” (Becerra: 2006, 225-226)

A pesar de los esfuerzos del Consejo Superior de la Judicatura como ente administrador de la Rama Judicial en Colombia, quien se ha propuesto varios objetivos encaminados a la coordinación entre jurisdicciones, ha realizado procesos de acercamiento con las organizaciones que representan a los pueblos y comunidades indígenas, dando apertura a espacios de interlocución necesaria para fortalecer la autonomía de sus sistemas jurídicos y mejorar el acceso a los servicios de justicia básica en sus respectivos territorios. En igual sentido propendiendo por la implementación de una política de coordinación entre el denominado Sistema Judicial Nacional (SJN) y la JEI. Para la consecución de este objetivo el Consejo ha contado con la colaboración de la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC). De esta manera en la actualidad, Colombia cuenta con los lineamientos de un trabajo de entendimiento intercultural y con un conjunto de acciones que permiten avizorar una armónica coordinación entre los sistemas jurídicos indígenas y el estatal, pese a lo anterior esta no resulta del todo eficiente por las problemáticas que expondré a continuación.

En el estudio denominado “Estado de la relación entre Justicia Indígena y Justicia Estatal en los Países Andinos, estudio de casos en Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia” de la Comisión Andina de Juristas, se efectuaron una serie de análisis encaminados a efectuar entrevistas sobre los procesos de coordinación entre la justicia indígena y los jueces de la República de la justicia ordinaria, el mencionado estudio presentó las siguientes conclusiones:

En zonas como Tolima y dentro de la jurisdicción del Tribunal Superior Indígena es frecuente encontrar funcionarios más proclives al tema; en Leticia se nota mayor apatía, y en el segundo municipio del departamento de Amazonas, Puerto Nariño, el juez de esta localidad es una de las personas con mayor conocimiento del tema en el país. Para el caso de los Tules se encuentran en la misma proporción jueces que conocen del tema y jueces que desconocen totalmente la jurisdicción indígena.

En lo referente a los jueces que tienen contacto con el pueblo Tule, los hay de todas las categorías, como los conscientes y respetuosos de la jurisdicción indígena, los indiferentes, y los que solo aplican el derecho estatal. Los jueces que reconocen el tema son aquellos que forman parte de la red de formadores en jurisdicción indígena y aquellos que por su propia cuenta estudian el tema y reconocen el contexto donde actúan.

En el caso de los pueblos amazónicos, y en especial los jueces de Leticia, su conocimiento de la JEI debería ser más amplio y consecuente. Sin embargo, ello no sucede. Su conocimiento respecto de las autoridades indígenas es bastante precario, desconocen cuáles son sus propias funciones y cuál es su competencia funcional frente a casos puntuales. Asimismo, los jueces ordinarios manifiestan que las autoridades indígenas no tienen la capacidad suficiente para juzgar casos de importancia o más complejos. De acuerdo a su opinión, las autoridades indígenas deben limitarse simplemente a juzgar casos menores. A su modo de ver, las autoridades indígenas utilizan su propia jurisdicción solo cuando las circunstancias lo ameriten, es decir, cuando buscan evadir la aplicación de la justicia ordinaria. Otra de las críticas efectuadas al sistema de justicia indígena se relaciona con la carencia de medios coercitivos que tiene este sistema para hacer cumplir sus dictámenes o pronunciamientos sancionatorios, por lo cual, la evasión y la impunidad pueden ser factores predominantes en el ejercicio de la JEI³².

De igual manera, se pudo establecer que no existe una relación fluida entre los jueces ordinarios con las autoridades indígenas, pues el pronunciamiento de los primeros es más de oídas que como resultado de una relación funcional permanente de cooperación con la Jurisdicción Especial Indígena.

(...)

En suma, los jueces de zona y los magistrados tienen percepciones encontradas y niveles de conocimiento y apreciación que resultan siendo contraproducentes para el ejercicio de la jurisdicción indígena (este elemento coincide con lo encontrado en la misión de estudios). Es posible agregar tres aspectos más:

- Los jueces que reconocen el sistema jurídico indígena sólo lo hacen parcialmente, pues siguen temerosos de la segunda instancia y del prevaricato.
- Existen además de los intérpretes y traductores la posibilidad del peritaje antropológico, así como otros elementos para tener certeza en los fallos. No obstante, éstos no son utilizados por los jueces.
- La diferencia en el conocimiento académico entre los jueces municipales, de circuito y de magistrados es bastante notoria, pero en la práctica judicial hay una suerte de línea explícita y una no explícita. (Comisión Andina de Juristas: 2009, 34-35).

De lo anterior, resulta evidente como existe cierta resistencia por parte de los Jueces de la justicia ordinaria, toda vez que cuentan con el temor de incurrir en conductas como prevaricato al realizar interpretaciones que no le corresponden o que pueden ir en contravía y soslayar presupuestos consagrados constitucionalmente en protección a la autonomía de los pueblos indígenas. Bajo este entendido resulta determinante, como lo señala la Comisión Andina de Juristas crear una estrategia de formación de jueces y magistrados en temas de jurisdicción indígena encaminado a mantener un diálogo intercultural entre funcionarios judiciales de justicia ordinaria y las autoridades indígenas.

Es pertinente tener en claro los procedimientos de cada sistema, así como los asuntos que cada sistema aborda y cuáles no. Algunas comunidades y pueblos tienen sus reglamentos internos, mientras que otros no, pero tal situación no se puede traducir en generalizaciones para todos los

pueblos. La coordinación es diferente para cada pueblo, de acuerdo a las formas organizativas, autoridades y escenarios que ellos determinen como parte conformante de su sistema jurídico. (Comisión Andina de Juristas: 2009, 38).

CAPITULO SEGUNDO

DERECHOS HUMANOS Y DIGNIDAD HUMANA COMO PARAMETROS EN LA APLICACIÓN DE JUSTICIA Y SU REPERCUSIÓN EN EL DERECHO INDÍGENA

En la actualidad se habla mucho sobre los derechos humanos sin embargo resultan múltiples las imprecisiones al referirnos al tema, una de las razones en las que se sustenta dicha acotación se encuentra en el hecho que en la medida en que se ha ido alargando el ámbito de uso del término, la misma se ha tornado más imprecisa. Lo anterior ha conllevado a una pérdida gradual de su significación descriptiva de determinadas situaciones jurídico – políticas, en la medida en que ha ganado espacio en la dimensión emocional. Bajo ese entendido, se han generado numerables movimientos en pro de la reivindicación de los derechos, como el de las comunidades indígenas que han conllevado a la obligación por parte de los Estados a fundamentar sus ordenamientos jurídicos y en consecuencia sus políticas judiciales en pro de la protección de los derechos humanos. Otro de los factores determinantes y que resulta fundante en el desarrollo del tema es la dignidad humana, no sólo como valor y principio constitucional, sino también, como un arista de los derechos fundamentales; la cual debe ser dimensionada tanto de parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, como también fuente de los derechos de los ciudadanos.

En el presente capítulo en primera instancia partiré por la conceptualización de los Derechos Humanos, para lo anterior iniciare con el planteamiento de Pérez Luño consistente en los límites lingüísticos del concepto y el debate entre las limitaciones internas y otros conceptos afines tales como, los derechos naturales, derechos fundamentales, derechos subjetivos, derechos públicos subjetivos, derechos individuales y libertades públicas, para dar paso al estudio de los denominados limites externos y la Ley natural. Tras eso me ocuparé de plantear la positivización de estos, desde las tesis iusnaturalistas, positivista y realista. A partir de lo anterior estudiaré los planteamientos de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el debate respecto de su fuerza jurídica. Para dar paso al estudio de la fundamentación teórica y práctica de estos, bajo los interrogantes planteados por Pérez Luño de ¿derechos humanos o derechos morales? y ¿pueden fundamentarse los derechos humanos?, finalmente dentro de este análisis presentaré el concepto de ¿que son los Derechos Humanos?.

En segunda instancia presentaré el concepto de dignidad humana como eje fundamental de los derechos humanos, y su conceptualización por parte de la Corte Constitucional. Para finalmente y como tercer punto, mostrar un análisis del derecho indígena frente a los presupuestos de los derechos humanos. La metodología a seguir en el desarrollo del presente capítulo será la analítica.

1. CONCEPTUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

En primer sentido, estimo necesario realizar una acotación con el propósito de contribuir a precisar las dimensiones del alcance del lenguaje normativo en cuanto al término de Derechos Humanos, Pérez Luño, estima pertinente fijar de un lado, la distinción entre los objetos que pueden ser denotados por el uso del concepto empleado, y aquellos en los que no resulta posible enunciar bajo dicho contexto. En virtud de lo cual se hace necesario confrontar la noción con categorías afines, y de otro lado, el contexto dentro del cual la expresión cobra significado. “Para lo que será preciso elucidar cuál es el ámbito dentro del cual debe situarse el término, reconstruyendo para ello la propia función histórica y actual del concepto” (Pérez Luño: 1995, 29)

1.1 Ambigüedad lingüística del término derechos humanos

Dentro del planteamiento de Pérez Luño respecto de las ambigüedades lingüísticas, encontramos las limitaciones internas y los conceptos afines; estos inconvenientes que se presentan en el análisis del término de los derechos humanos radican en el hecho de su relación con otros conceptos, que en usos gramaticales guardan gran proximidad significativa, al respecto Pérez Luño estima que:

La expresión “derechos humanos” aparece generalmente relacionada con otras denominaciones que, en principio, parecen designar a realidades muy próximas, sino a una misma realidad. Entre estas expresiones pueden citarse las de: derechos naturales, derechos fundamentales, derechos individuales, derecho subjetivo, derechos públicos subjetivos, libertades públicas... Por lo que conviene analizar las relaciones respectivas entre cada una de ellas y la noción de los derechos humanos. Este análisis necesariamente deberá ser somero, ya que un estudio pormenorizado del problema, requeriría, de por sí, una investigación específica (Pérez Luño: 1995, 30).

En primer sentido los derechos humanos y derechos naturales desde su génesis han presentado una ambigüedad que siempre ha estado presente; lo anterior encuentra fundamento en el hecho

que el pensamiento iusnaturalista la teoría de los derechos humanos surge como una prolongación de los derechos naturales, tesis que ha sido objeto de numerables críticas por autores positivistas. Pues para estos, existe una autentica ruptura que lleva a determinar las diversas fundamentaciones de los mismos. Al respecto encontramos que:

Basta por el momento señalar que se halla muy generalizada la tendencia a considerar los derechos humanos con un término más amplio que el de los derechos naturales, aun desde la perspectiva doctrinal de quienes reconocen una vinculación entre ambas expresiones. Así, una tradición doctrinal, que tuvo ya una clara expresión en Thomas Paine, tiende a considerar que los derechos humanos constituyen la conjunción de los derechos naturales, “aquellos que le corresponden al hombre por el mero hecho de existir”, y los derechos civiles, “aquellos que le correspondan al hombre por el hecho de ser miembro de la sociedad (Pérez Luño: 1995, 30).

En segunda instancia se presenta el concepto de derechos fundamentales, el cual tiene su origen en Francia hacia el año de 1770, surgió como producto de diferentes movimientos sociales, políticos y culturales que desencadenaron con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del año 1789, dicha expresión ampliamente difundida, constituyo el fundamento del ordenamiento jurídico-político del denominado *Grundgesetz* en la Alemania de Bonn del año 1949.

De lo anterior que en numerables posiciones doctrinales se enuncien los derechos fundamentales como los derechos humanos positivizados y llevados a un texto constitucional, entendidos estos derechos como su nombre lo indica, en fundamento de la ideología política que inspira cada ordenamiento jurídico, de lo anterior que Pérez Luño bajo los presupuestos de Häberle y Peces-Barba expone como:

Recientemente en el seno de la doctrina alemana se ha querido concebir los derechos fundamentales como la síntesis de las garantías individuales contenidas en la tradición de los derechos políticos subjetivos y las exigencias sociales derivadas de la concepción institucional del derecho.

Frente a estas caracterizaciones de los derechos fundamentales que coinciden en situarlos en el plano de la estricta positividad, no ha faltado quien postulara su naturaleza ambivalente. De este modo se los considera como la resultante de las exigencias de la filosofía de los derechos humanos con su plasmación normativa en el derecho positivo (Pérez Luño: 1995, 31).

Otro de los conceptos se presenta en los derechos subjetivos, los cuales hacen referencia a la facultad de obrar reconocida a la voluntad de los particulares, dimensión que se haya muy próxima también a la noción de derechos humanos. Existen diferentes posiciones que enuncian este tipo de

derechos como expresiones de todos los atributos de la personalidad, en este entendido, los derechos humanos constituirían una subespecie de aquellos, que emergen como facultades de autodeterminación del individuo, al respecto resulta determinante enunciar que dicha teoría ha sido objeto de numerables críticas, de las cuales resulta pertinente enunciar que:

(...) desde una óptica marxista, se ha afirmado que la teoría de los derechos subjetivos no es otra cosa más que una construcción del pensamiento jurídico – burgués, para, al amparo de su vinculación con la teoría de los derechos humanos, situar a nivel jurídico – positivo el libre disfrute de la propiedad privada fuera y a salvo de las ingerencias del ordenamiento legal: “Private ownership must be protected against its eventual elimination by the legal system”. De ahí que, desde este enfoque, se explique la crisis del derecho subjetivo como un fenómeno determinado por las nuevas condiciones económicas que presiden el desarrollo del capitalismo monopolista, el cual ha exigido una intervención estatal en los dominios de la propiedad privada.

Esta tesis contribuye a explicar las concomitancias que, en un determinado momento histórico, pudieron existir entre las nociones de derechos humanos y derechos subjetivos, así como los motivos de su progresiva disociación. (Pérez Luño: 1995, 32).

Como cuarto concepto se presentan los derechos públicos subjetivos, los cuales tienen su origen a finales del siglo XIX, dicho desarrollo se efectuó por parte de la dogmática alemana. Dentro de los presupuestos que expone se encuentra la intención de inscribir los derechos humanos en un sistema de relaciones jurídicas entre el Estado, como persona jurídica, y los asociados. Estos surgieron como un intento de positivización de los derechos humanos, al margen de cualquier posibilidad de ideología iusnaturalista.

Ahora bien, el pretendido carácter técnico de esta figura se vio desmentido por su estrecha vinculación a los esquemas políticos del Estado liberal de Derecho, de cuyo funcionamiento constituyó uno de los principales pilares. El tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho ha determinado un progresivo abandono de esta categoría, en la que con razón se vio un producto de la ideología individualista liberal en favor de la noción más amplia de los derechos fundamentales.

(...)

De esta forma la categoría de derechos públicos subjetivos, entendidos como autolimitación estatal en beneficio de determinadas esferas de interés privado, pierde su sentido al hallarse superada por la propia dinámica económico – social de nuestro tiempo, en el que el disfrute de cualquier derecho fundamental exige una política jurídica activa (y en la mayor parte de las ocasiones también económica) por parte de los poderes públicos. (Pérez Luño: 1995, 33).

Otra de ellos lo representan los derechos individuales, los cuales siguiendo la misma suerte que los derechos subjetivos, han sido progresivamente reevaluados en la doctrina y las diferentes legislaciones. Dicho término se acuñó como sinónimo de los derechos humanos en el periodo en

que se originó el reconocimiento de determinadas libertades relacionadas con la autonomía de los individuos. Lo anterior toda vez que, la ideología liberal interpreta al individuo como un fin en sí mismo, y la sociedad y el derecho, como el vehículo para la consecución de sus intereses, clasificando a los derechos individuales en sentido negativo como garantía de la no ingerencia estatal en el desarrollo de sus capacidades, en este sentido, y respecto de este tipo de derechos, encontramos que:

La expresión “derechos individuales” es – en palabras de Pablo Lucas Verdú – “poco correcta, no sólo porque la sociabilidad es una dimensión intrínseca del hombre, como lo es la racionalidad, sino a mayor abundamiento en la época actual, transida de exigencias sociales (Verdú: 1955, 38)

Finalmente encontramos el concepto de libertades públicas, el cual tuvo su origen en la Francia del siglo XVIII, concretamente en el artículo 9 de la Constitución de 1793. De lo anterior se pueden identificar dos corrientes claras, una de ellas que pretende relacionar los conceptos y la otra que sustenta su clara diferenciación.

En efecto, no deja de sorprender el hecho de que para algunos sectores de la doctrina los derechos humanos y las libertades públicas son una misma cosa. “Y a-t-il lieu de distinguer les libertés des droits de l’homme?” - se pregunta Robert Pelloux-; para inmediatamente responder: “ Nous ne le pensons pas. La consécration juridique ne dépend pas le l’usage d’un mot plutôt que d’un autre”

Otro sector, sin embargo, prefiere mantener una neta distinción entre ambos términos, en base al carácter estrictamente jurídico – político de las libertades públicas. Ahora bien, entre quienes en principio sustentan esta tesis no dejan de existir marcadas divergencias. Así, para Claude-Albert Colliard la teoría de las libertades públicas, esto es, el reconocimiento al individuo de ciertos derechos, se funda en el derecho positivo y no en el derecho natural, ya que no hay ningún derecho superior a la legislación positiva. Evidentemente pueden existir legislaciones más o menos liberales, más o menos individualistas, y más o menos conformes a un ideal de justicia, pero eso ya es otra cuestión. Por eso, para Colliard, las libertades públicas son derechos positivos que tienden a reconocer un cierto sector de autonomía en favor de los particulares. Frente a esta concepción, Jean Rivero, que coincide en entender las libertades públicas como poderes de autodeterminación reconocidos por el derecho positivo, no considera que por ello cese su vinculación respecto a las exigencias del derecho natural, y así sostiene que: “Les libertés publiques sont des droits de l’homme que leur consécration par l’Etat a fait passer du droit naturel au droit positif”. A juicio de Rivero, los derechos humanos y las libertades públicas no coinciden, ya que, de una parte, no se sitúan en el mismo plano, puesto que las libertades públicas son sólo aquellos derechos humanos positivados; y, de otra, no tienen el mismo contenido porque los derechos sociales no se pueden considerar libertades públicas, en cambio si son derechos humanos (Pérez Luño: 1995, 36-37).

El análisis propuesto y efectuado en relación con los límites lingüísticos de carácter interno en referencia al concepto de Derechos humanos esbozado por Pérez Luño, nos lleva a pensar la constante confusión del término a partir de su confrontación con categorías afines, lo que pone en

evidencia una falta de práctica lingüística constante y que ha sido admitida en el empleo de estas categorías. Para realizar un estudio de mayor amplitud el autor ha planteado la posibilidad de ver el mismo desde los referentes al límite externo de la acepción el cual presentaré a continuación.

La otra arista de las ambigüedades planteada por Pérez Luño, la representan los límites externos de los derechos humanos y la Ley natural; El primer punto que debe plantearse es que el concepto de derechos humanos cuenta como antecedente inmediato con la noción de derechos naturales, los cuales han sido elaborados doctrinalmente por el iusnaturalismo racionalista. En ese entendido un análisis que se efectúe a los enunciados límites, muestra como estos no pueden extrapolarse de su contexto, que no es otro que el que ha sido dado por las disposiciones de la Ley natural, la cual aparece perfilada desde la doctrina clásica por Tomás de Aquino, dotándola de propiedades tales como su carácter originario, universal e inmutable.

Los enunciados de la Ley natural, resultan originarios de su condición de innatos y su evidencia intrínseca, por responder a las inclinaciones per se de la naturaleza humana, lo que para Tomás de Aquino, Dios ha implantado los principios en la mente de los hombres, por lo resulta naturalmente cognoscible, bajo este entendido:

La ley natural es universal; en sus primeros principios es la misma para todos los hombres, tanto por la rectitud de su inteligencia como por el concomitamiento de esta.

En lo que respecta a esos primeros principios de la ley natural es absolutamente inmutable (“quantum ad prima principia legis naturae lex naturae est omnino immutabilis”), y no puede ser borrada de los corazones de los hombres.

Estas propiedades de la ley natural recuerdan, en muchos aspectos, a las connotaciones de los derechos naturales o humanos en los textos de sus principales teóricos doctrinales y declaraciones normativas.

(...)

El deseo de situar los derechos humanos en el plano orbital de lo absoluto e incondicionado llevó a las principales construcciones modernas de su teorización a inspirarse, consciente o inconscientemente, en aquellas propiedades clásicas de la ley natural, que la situaban por encima de cualquier contingencia. Por este motivo, la actitud doctrinal que pretende trazar una fractura entre la ley natural y su análogo jurídico, esto es, los derechos naturales, lejos de contribuir a elucidar el sentido de estos últimos los oscurece. Es, precisamente, a partir de la tesis opuesta como pueden fijarse los presupuestos que condicionan y explican la significación de los derechos humanos, perfilando el contexto histórico que delimita los límites externos de la expresión. Es cierto que al fijar dichos límites no van a eliminarse las controversias sobre la significación y fundamento de tales derechos, pero a partir de ahí se puede hacer más diáfana la hipóstasis mitificadora que subyace a su construcción. Ahora bien, por discutible que en el plano del análisis semántico pueda parecer el proyectar al terreno secular de la organización sociopolítica, tesis que van ligadas a una visión escatológica del universo, como la que se desprende de la ley natural en la concepción tomista, tal planteamiento tuvo una importancia capital en el plano pragmático. Mediante la afortunada metáfora de unos derechos

comunes a todos los hombres situados en el plano de los valores absolutos, universales e intemporales, el pensamiento iusnaturalista del XVIII halló una fórmula de capital importancia para una nueva legitimación del poder político. Con ella se pretendía situar determinadas esferas de la convivencia humana por encima de las posibles arbitrariedades de quien detentara el poder. Se trataba, en suma, de hacer de la autoridad y de la propia asociación política instrumentos encaminados a la consecución de aquellas facultades que se reputaban inherentes por naturaleza a todo el género humano. (Pérez Luño: 1995, 43-44)

1.2 Proceso de positivación de los derechos humanos

La positivización de tales derechos es considerada como un aspecto que reviste alta importancia en el proceso de formación de las reglas jurídicas, de lo anterior dicho proceso debe ser visto como la formulación normativa a través de unos preceptos originados de los cauces formales establecidos por los diferentes principios del ordenamiento jurídico.

El anterior planteamiento tiene su contraposición por los defensores de los derechos naturales, quienes sostienen que el hombre posee por su mera condición un grupo de derechos, sin que deba existir formalidad alguna que permita el reconocimiento de los mismos, catalogando su positivización como accesorio. Desde una dimensión técnica – jurídica, la positivización de estos resulta menos compleja, esto en razón a que desde el enunciado ángulo no se trata de razonar acerca de cómo debe ser entendido dicho proceso sino, de enunciar las instituciones a través de las cuales se implementará dicho proceso. Para lo anterior, y entender mejor dicho planteamiento parece para Pérez Luño:

(...) más conveniente reducir la exposición a aquellas direcciones que de forma más acusada han contribuido a plantear a nivel teórico el problema de la positivación, agrupándolas convencionalmente de acuerdo con tres grandes posturas doctrinales: la iusnaturalista, la positivista y la realista. (Pérez Luño: 1995, 54).

A lo largo de la historia las tesis iusnaturalistas han servido de fundamento para defender y la existencia del derecho natural, las mismas, han sido unánimes al afirmar la existencia de postulados de juridicidad anteriores y justificadores del derecho positivo. Dicha tesis constituye un punto en común entre el iusnaturalismo clásico y medieval, pero que en lo referente a la teoría de los derechos naturales, encuentra su formulación más precisa en las construcciones de los siglos XVII y XVIII.

Los teóricos de esta posición, conciben el proceso de formación positiva de los derechos humanos como la consagración normativa de unas exigencias previas, compuestas por unas facultades que le corresponden al hombre por el solo hecho de serlo, es decir por su naturaleza misma. Desde este ámbito el proceso de positivización emerge como un carácter puramente declarativo, y que debe ser entendido como el fin de un proceso de reconocimiento de derechos ya adquiridos.

Para el iusnaturalismo el término “derecho” no coincide con el de derecho positivo, y, por tanto, defiende la existencia de unos derechos naturales del individuo originarios e inalienables, en función de cuyo disfrute surge el Estado. De ahí que la positivación de los derechos humanos fundamentales se presente bajo esta óptica como el reconocimiento formal por parte del Estado de unas exigencias jurídicas previas que se encarnan en normas positivas para mejor garantía de su protección.

La actitud iusnaturalista ante el problema de la positivación ha hallado una certera síntesis en el pensamiento de Maritain, quien ha afirmado “la existencia de derechos naturalmente inherentes al ser humano, anteriores y superiores a las legislaciones escritas y a los acuerdos entre gobiernos, derechos que no le incumbe a la comunidad civil el otorgar, sino el reconocer y sancionar”. En la misma idea del carácter declarativo del reconocimiento estatal de los derechos humanos ha insistido, entre nosotros, el profesor Fernández-Galiano, para quien tal acto equivale a constatar la existencia de esos derechos como previa y anterior a toda ley positiva: “en la misma noción de reconocimiento – nos dice- yace implícita la idea de que tales derechos no traen su origen en el ordenamiento jurídico, el cual se limita a dar fe de que existen, proclamando su vigencia. En una palabra, los derechos humanos existen y los posee el sujeto independientemente de que se reconozcan o no por el derecho positivo” (Pérez Luño: 1995, 55)

Dentro de las tesis positivistas, desde el punto de vista jurídico, la noción del derecho positivo establece como presupuesto la incorporación al ordenamiento de normas jurídicas establecidas, de ahí que el proceso de positivización debe ser visto como un aspecto que dota al ordenamiento jurídico de herramientas a través del derecho.

Resultan múltiples las teorías que se plantean dentro del positivismo, a saber, el planteamiento de Bergbohm, uno de los más caracterizados exponentes de esta corriente en Alemania, estimó la tesis de que el único derecho existente como tal es el positivo que establece el fundamento de la convivencia entre los hombres: “bildet die Grundlage aller Ordnung unter den Menschen”, en el que señala que los derechos naturales o cualquier derecho contrario al positivo, desencadena en la disolución del orden jurídico y trae como consecuencia la anarquía.

En la Alemania de finales del siglo XIX y principios del XX, se generó una creciente repulsión hacia la teoría de los derechos naturales, motivada en gran parte por la crítica del positivismo jurídico, situación que desencadenó con el surgimiento de los denominados derechos públicos subjetivos, con el paso del tiempo esta nueva categoría emergería como un intento de ofrecer una configuración jurídico – positiva, de la exigencia mantenida por la teoría de los derechos naturales de afirmar las libertades del individuo frente a la autoridad del Estado. En consecuencia como se vio dicha categoría representó una alternativa a la noción de derechos naturales, la cual no resultaba exenta de connotaciones políticas, lo anterior cuando se tiene presente que la misma resultó un mecanismo fundamental implementado al servicio del *Rechtsstaat*, del Estado burgués de derecho. Creación que de igual forma sirvió de sustento para la dogmática alemana del derecho público.

En todo caso, la construcción dogmática – jurídica de los derechos fundamentales sigue, en gran parte, fiel a estos postulados avanzados por el positivismo jurídico como fundamento del proceso de positivación. Buena prueba de ello ofrece una interesante monografía alemana publicada hace pocos años sobre *Die Positivität der Grundrechte*. Se afirma en ella que la positivación de los derechos fundamentales no tiene el carácter de una mera declaración del derecho natural, sino que posee un valor constitutivo. No se trata, pues, de ratificar los postulados del derecho natural, si no de dar vida en el marco de un ordenamiento a un conjunto de normas jurídicas. (Pérez Luño: 1995, 58-59).

Finalmente la tesis realista, constituye un punto entre los que no otorgan al proceso de positivización un significado declarativo de derechos anteriores, aspecto característico de las acepciones iusnaturalista, y entre los que lo declaran como constitutivo, de la tesis positivista, los realistas entienden que tal proceso supone un requisito más que debe de ser tenido en cuenta para el disfrute de estos derechos. Estos teóricos por tanto, no consideran la positivización como el fin del proceso, sino, una condición para la protección de los derechos fundamentales.

Para quienes defienden este enfoque el problema de la positivación no debe situarse en aquellos ideales del derecho natural en los que los hombres se inspiran o dicen inspirarse para plasmarlos en normas positivas; ni tampoco en los preceptos positivamente establecidos en los que se consideran constituidos tales derechos fundamentales. Será la praxis concreta de los hombres, que son quienes a la postre sufren o se benefician de esos derechos, y quienes con sus comportamientos contribuyen a formarlos en cada situación histórica, la pauta orientadora de su significación. Por ello la actitud realista implica una crítica del iusnaturalismo (en especial de sus versiones racionalistas del XVIII) por su concepción ideal de los derechos humanos y del positivismo jurídico por su consideración puramente formal de los mismos. (Pérez Luño: 1995, 59).

(...)

En base a este planteamiento los autores marxistas consideran que el problema de la positivación de los derechos fundamentales no puede ser escindido de las condiciones reales que permiten su efectivo disfrute. La positivación es considerada desde este enfoque como un instrumento que permite definir

mejor y concretar el alcance de estos derechos; pero, en todo caso, son las condiciones sociales las que determinan el sentido real de los derechos y libertades, pues de ellas depende su salvaguardia y protección.

En otras perspectivas doctrinales de la ciencia actual han hallado también amplio eco diversos planteamientos de índole realista. Así, la tesis de Bobbio, a tenor de la cual el problema básico de los derechos humanos no es tanto el de justificarlos como el de protegerlos, resume la actitud de buen número de juristas del ahora presente.

En esta dirección pueden situarse, por ejemplo, las tesis que conciben la protección procesal de los derechos fundamentales como el factor clave de su significación. Esta es la actitud asumida por Dran, para quienes las libertades públicas valen, en la práctica, lo que valen sus garantías; y en España por Peces-Barba, quien afirma “toda norma de derecho positivo realmente existente necesita de los tribunales de justicia para que su titular pueda acudir en demanda de protección en caso de desconocimiento por un tercero. Los derechos fundamentales no son una excepción a esta regla. Si un derecho fundamental no puede ser alegado, pretendiendo su protección, se puede decir que no existe” (Pérez Luño: 1995, 61)

Otro de los principales elementos dentro de la positivación de los derechos humanos, se generó tras la Segunda Guerra Mundial, luego del surgimiento de la Organización de Naciones Unidas (ONU), y la promulgación de la famosa Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), la cual constituye un hito en la consagración de lo que hoy conocemos como derechos individuales, o de primera generación, referidos a los derechos civiles y políticos, pasando a los de segunda generación representados por los colectivos, mediante los cuales se establecen parámetros enmarcados en los derechos económicos, sociales y culturales, finalmente los de tercera generación, conocidos como derechos universales, entre los que se encuentran la paz y el medio ambiente.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) fue confiada a un comité presidido por Eleanor Roosevelt y compuesto por miembros de 18 países. La Carta fue redactada por el canadiense John Peters Humphrey y revisada luego por el francés René Cassin, la cual finalmente fue adoptada el 10 de diciembre de 1948 en París, “como ideal común por el que todos los pueblos y naciones debían esforzarse”.

En torno a la Declaración Universal se ha planteado un problema jurídico consistente en su carácter de derecho internacional positivo, en el cual se han tejido tres teorías que buscan dar respuesta a un punto del que no existe acuerdo entre los doctrinantes internacionalistas, a saber, las tesis impugnadoras del carácter jurídico – internacional de la Declaración; las que mantienen

la autoridad jurídica indirecta de la declaración y las que sostienen el carácter jurídico de la Declaración Universal, que presentaremos a continuación.

En primera instancia encontramos las tesis impugnadoras del carácter jurídico de la declaración; al respecto Kelsen, fiel a su rigurosa posición positivista, ha dejado entrever los planteamientos más claros entre los que han negado el carácter jurídico de la Carta de las Naciones Unidas; para este autor la misma constituye una exposición de principios generales dotados de la más elevada autoridad moral, pero no jurídica; afirma que fue aprobada por la Asamblea como una resolución, pero no se redactó como tratado y, por ende, no precisó la ratificación por parte de los Estados, en ese orden de ideas sostiene Kelsen, no puede deprecarse de la misma de que haga parte del derecho internacional, en consecuencia no constituye un texto o documento jurídico.

La postura de Kelsen ha sido compartida por numerosos tratadistas de corriente positivista de derecho internacional público, los cuales son claros en considerar que las resoluciones emanadas por parte de la Asamblea General deben ser vistas como simples “recomendaciones” de conductas dirigidas a los Estados miembros, a juicio de nuestro autor:

(...) la Declaración ni tan siquiera posee valor hermenéutico para interpretar los principios de la carta referentes a los derechos humanos, ya que una interpretación estricta de ésta sólo puede llevarse a cabo en base a sus propias normas.

En España, la tesis negativa ha sido especialmente sustentada por Díez de Velasco, para quien la importancia de la Declaración Universal “radica no tanto en su valor jurídico, que no lo tiene, sino en el moral y más aún en su enorme impacto sobre las Constituciones de la posguerra y en la opinión pública mundial”. En su opinión “para que la Declaración tenga auténtica fuerza jurídica es necesario llegar por vía convencional a un acuerdo general entre miembros” (Pérez Luño: 1995, 78)

Otra de las posiciones adoptadas la presenta Lauterpacht, en el sentido de considerar un valor jurídico indirecto de la Declaración Universal, para este grupo de tratadistas en cabeza del mencionado autor, se halla fuera de duda el hecho que los miembros de la ONU, cuando votaron la Carta no lo hicieron con la fiel convicción de que la misma constituyera un documento jurídico que impusiera obligaciones concretas. Ahora bien quienes consideran esta tesis, resumen las posibles vías a través de las cuales el documento cumple con el mencionado objetivo, situaciones que esbozaremos a continuación.

En primer sentido el hecho que la Declaración, puede proporcionar una base sólida por medio de la cual se puede interpretar la Carta de las Naciones Unidas, pues resulta claro para el autor que en la misma se conciernen principios relativos a los derechos humanos, pues estima que la misma resulta consecuente por los principios inspiradores del siglo XX, en cuanto a la concepción de la comunidad internacional con referencia a la dignidad y el valor de la persona humana.

Como segundo punto, estima el valor hermenéutico de la Declaración como concepción común de los derechos humanos, en este sentido hace que la misma pueda entenderse como como expresión de principios generales de derecho que ya han sido reconocidos por las diferentes naciones, en ese orden de ideas, debe ser vista como fuente de derecho internacional.

En tercer lugar, encontramos lo que Lauterpacht señala como fuente de valor indirecto de la Declaración como norma internacional, de lo cual se genera el reconocimiento como *public policy* de los derechos de los Estados miembros de la organización, los cuales resultan ser aplicables por sus tribunales en pequeños litigios en los que se debaten cuestiones de derechos humanos y libertades fundamentales.

Pasando a una cuarta posición, se pone en evidencia el hecho que las denominadas recomendaciones contenidas en la Declaración, no resultan exentas de valor jurídico por parte de los miembros de la ONU, al respecto se ha pronunciado Fernández Rozas quien:

(...) ha recurrido para explicar el fenómeno a una nueva forma de creación del derecho internacional a la que se le da el calificativo de *soft law*. De acuerdo con ella la Declaración establece un programa que pone de manifiesto una ideología; “de este modo, aunque carezca de fuerza sancionadora y no sean directamente exigibles, sirven eficazmente para dar contenido al ordenamiento internacional en un sistema de cooperación cuya pieza maestra es el convenio” (Pérez Luño: 1995. 80)

Como última posición Sperdutti señala como los órganos de la ONU en virtud de la Declaración Universal, han sido expresamente autorizados a promover el respeto a los derechos humanos preparando convenciones y pactos que doten de fuerza obligatoria a los principios contenido en la Carta, en ese sentido los documentos posteriores que se adopten y sean aceptados por los miembros firmantes, constituyen como suyos los acuerdos de la asamblea.

Finalmente encontramos las tesis que sostienen el carácter jurídico de la declaración, en las que autores como René Cassin han sostenido posturas reivindicadoras que enuncian la autoridad jurídica de la declaración, en su exposición estima que la Carta es un tratado dotado de fuerza jurídica para todos los Estados miembros de la organización, pues señala el autor que:

De acuerdo con la Carta de los Estados que integran la O.N.U, “se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente” para promover “el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión” (arts. 55 y 56). Sin embargo, la Carta no define los derechos humanos. De ahí que sea la Declaración Universal la que ofrece una interpretación auténtica y autorizada de esos derechos. Por ello, en la medida en que los Estados miembros deben acatar las disposiciones de la Carta referentes a los derechos humanos, están también obligados a observar los postulados de la Declaración Universal” (Pérez Luño: 1995, 81).

1.3 Fundamentación Teórica y Practica de los derechos humanos

La discusión acerca de la fundamentación de los derechos humanos encuentra plena vigencia, en el sentido que los argumentos debatidos registran puntual repercusión en la práctica, de esta forma se presentan tres categorías que en adelante se esbozarán, compuestas por las posiciones objetivistas, subjetivistas e intersubjetivistas.

En referencia a la fundamentación objetivista de los derechos humanos, se debe señalar que esta ha contribuido al desarrollo de la teoría del orden de valores o *Wertordnung*, la cual representa a los derechos humanos positivizados por vía constitucional como derechos fundamentales o *Grundrechte*, los cuales deben ser registrados como sistemas de valores dotados de unidad material y que se erigen como la máxima expresión del orden axiológico de la comunidad. Bajo el anterior punto la interpretación Constitucional, como el sentido que debe dárseles es la que se señala como:

derechos fundamentales en ella consagrados debería reconducirse, a tenor de esta tesis, a los principios axiológicos objetivos que determinan el respectivo alcance de las distintas situaciones individuales. Esta teoría, que ha alcanzado una notable importancia en la Jurisprudencia del Bundesverfassungsgerichtshof de la República Federal de Alemania en la inmediata postguerra, ha sido posteriormente objeto de crítica al haberse denunciado que entraña el peligro de traducirse en una pura intuición de los valores, arbitraria y decisionista, que puede degenerar en una auténtica tiranía de los valores (*Tyrannie der Werte*). (Pérez Luño: 1983, 61)

En cuanto a la fundamentación de los derechos humanos de carácter subjetivista, encontramos que esta ha tenido vital importancia para la garantía de las libertades públicas individuales. Su

principal logro lo podemos encontrar en el establecimiento de un sistema de derechos de defensa o Abwehrrechte consistente en medidas de protección de la autonomía ante abusos de poder. Pese a lo anterior esta fundamentación no ha resultado del todo útil, mostrándose como inhábil, en la praxis, para dotar a la teoría de los derechos fundamentales de una garantía jurídica para las condiciones materiales y culturales de existencia, las cuales constituyen el cimiento fundamental de la reivindicación de los derechos sociales.

Finalmente las fundamentaciones intersubjetivistas de los derechos humanos, se presentan como la posibilidad de potenciar las orientaciones teóricas y jurisprudenciales, enfocadas a sostener la multifuncionalidad de los derechos fundamentales o Multifunktionalität der Grundrechte , lo anterior “atendiendo a la diversidad de objetivos que pueden perseguir estos derechos en un sistema axiológico pluralista. Tesis que, si tiene el valor de propiciar una estructura abierta y dinámica de los derechos fundamentales, corre el riesgo de relativizar en exceso su contenido” (Pérez Luño: 1983, 64)

Como primer punto se plantea el interrogante sobre ¿derechos humanos o derechos morales?. Para el estudio del precitado interrogante, Pérez Luño acude a Fernández, quien distingue tres fundamentaciones de los derechos humanos, a saber, la iusnaturalista, historicista y ética; inclinándose claramente por la última de estas. Al respecto Pérez Luño en su texto, en palabras de Fernández, estima que los derechos humanos emergen como derechos morales en el sentido que se representan como exigencias éticas, señala el mismo que:

El iusnaturalismo intenta situar el fundamento de los derechos humanos «en el derecho natural, deducido de una naturaleza humana supuestamente universal e inmutable; mientras que el historicismo lo sitúa en «la historia cambiante y variable» 187. De ahí, que se incline por una fundamentación ética o axiológica que considera los derechos humanos como derechos morales, es decir, «como exigencias éticas y derechos que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres y, por tanto, con un derecho igual a su reconocimiento, protección y garantía por parte del poder político y el derecho». Tales exigencias serían, por tanto, independientes «de cualquier contingencia histórica o cultural, característica física o intelectual, poder político o clase social» 188. Explicitando el alcance de la expresión «derechos morales» añade Eusebio Fernández que con la misma pretende describir «la síntesis entre los derechos humanos entendidos como exigencias éticas o valores y los derechos humanos entendidos paralelamente como derechos» 189. De esta caracterización infiere que los derechos humanos están a caballo entre las exigencias éticas y los derechos positivos. Por su significación ética los derechos humanos deberán hacer obligada remisión a la dignidad humana; mientras que por su dimensión jurídica tales derechos encarnarán la pretensión de incorporarse al ordenamiento jurídico-positivo para alcanzar su «auténtica realización». De ahí, que «a cada derecho

humano como derecho moral le corresponda paralelamente un derecho en el sentido estrictamente jurídico del término» (Pérez Luño: 1983, 65)

Dicha posición aunque compartida parcialmente por Pérez Luño, presenta algunas objeciones al intento de utilizar el término “derechos morales” como alternativa a las expresiones “derechos naturales” o “derechos humanos”. Lo anterior, toda vez que para el autor, en primer término entre las expresiones “derechos naturales”, “derechos humanos” o “derechos morales” no concurre una demarcación conceptual precisa y aceptada de forma unánime. Estima que los derechos humanos suponen una versión moderna de la idea tradicional de los derechos naturales y representan un avance en su proceso de positivación.

Como segundo punto presenta que la expresión “derechos morales”, pretende simbolizar la agrupación entre los requerimientos o valores éticos y las normas jurídicas, uno de los rasgos primordiales del iusnaturalismo. El derecho natural para el autor implica defender que:

el derecho constituye una parte de la ética, su función esencial puede aparecer sólo como la de una instancia mediadora entre la esfera moral y la esfera propiamente jurídica. La noción de derecho natural participa al propio tiempo de un carácter jurídico y de un carácter moral. Acaso la mejor descripción del derecho natural consista en que éste ofrece un nombre para el punto de intersección entre derecho y moral” (Pérez Luño: 1983, 65)

Finalmente, estima cualquier intento de cifrar la fundamentación de los derechos humanos en un orden de valores anterior al derecho positivo, hace referencia, consciente o inconscientemente, a una perspectiva iusnaturalista. Lo cual, lejos de ser un acto instintivo, permite implantar el fundamento de los derechos humanos en el contexto histórico-doctrinal en que se produjo su génesis y su posterior desarrollo.

Por ello, cualquier justificación consciente, que no pretenda adolecer del más craso agnosticismo histórico y cultural, y que, por el contrario, reivindique un uso histórico de las categorías filosóficojurídicas no puede prescindir de conectar el fundamento de los derechos humanos con la tradición cultural en la que surgieron y fueron elaborados doctrinalmente, o sea, con la teoría iusnaturalista. Sin que sea legítimo —y la exposición de la mayor parte de las tesis hasta aquí reseñadas así lo prueba— identificar el orden de valores ético-jurídicos iusnaturalista con la postulación de unos principios universales, absolutos e inmutables. Téngase presente, por ejemplo, que la primera axiología moderna que, como es sabido, aparece en la distinción elaborada por Samuel Pufendorf entre los entia phisica y los entia moralia, al concebir éstos como «modos que los seres racionales aplican a las cosas o a los movimientos físicos para orientar y regular la libertad de las acciones voluntarias del hombre, así como para atribuir orden y armonía a la vida humana»; es decir, como valores, aparece, precisamente, en una obra en la que a través de la idea de la dignitas se van a sentar premisas decisivas para la fundamentación de los derechos humanos (Pérez Luño: 1983, 65)

El segundo interrogante de Pérez Luño, consiste en el hecho de si ¿pueden fundamentarse los derechos humanos?. Lo anterior tiene como punto de partida el hecho que para el autor los valores que informan el contenido de los derechos humanos, no pueden ser vistos como un sistema cerrado y estático de principios absolutos situados en la esfera ideal anterior e independiente de la experiencia, como pretende la hipótesis del objetivismo, en igual sentido no resulta posible tampoco su reducción al plano de los deseos o intereses de los individuos, como sostiene la teoría del subjetivismo. Bajo el anterior entendido estima que:

La fundamentación intersubjetivista, por la que me inclino, parte de la posibilidad de llegar a establecer las condiciones en las que la actividad discursiva de la razón práctica permite llegar a un cierto consenso, abierto y revisable, sobre el fundamento de los derechos humanos. Un consenso que, de otro lado, lejos de traducirse en fórmulas abstractas y vacías recibe su contenido material del sistema de necesidades básicas o radicales, que constituye su soporte antropológico. Mi postura intenta ser una mediación crítica entre dos estimulantes corrientes del pensamiento marxista actual de inequívoco signo antidogmático y humanista: la teoría consensual de la verdad elaborado por el último de los teóricos de la Escuela de Frankfurt, Jürgen Habermas; y la filosofía de las necesidades radicales defendida por la Escuela de Budapest y, de modo especial, por Agnes Heller. La primera proporciona el marcometódico, las condiciones ideales a que debe someterse el discurso racional fundamentador de los derechos humanos, así como a contrario sensu denuncia los factores que en las sociedades históricas distorsionan o impiden la posibilidad de llegar a legitimaciones racionales de los derechos, generalizables o universalizables en cuanto dotadas de «objetividad intersubjetiva». La segunda aporta datos relevantes sobre las condiciones antropológicas, sobre las exigencias o necesidades de la naturaleza humana, que constituyen la base material de todo valor. (Pérez Luño: 1983: 67)

En conclusión Pérez Luño se inscribe en cifrar la fundamentación de los derechos humanos en la conciencia de las necesidades humanas, las cuales emergen de la experiencia concreta de la vida práctica. Dichos requerimientos, en cuanto datos social e históricamente vinculados a la experiencia humana, se encuentran dotados de una objetividad y una universalidad que permite su generalización, a través de la discusión racional y el consenso, y su concreción en postulados axiológico-materiales.

El sistema de valores o preferencias conscientes básicos debe servir, en suma, “para maximizar y optimizar la satisfacción de las necesidades e intereses de todos y cada uno de los miembros de la especie humana” Existe, por tanto, un condicionamiento mutuo o, si se quiere, una reciprocidad circular entre el método y el objeto de la fundamentación de los derechos humanos propuesta. Porque se parte de que el consenso racional sobre los derechos humanos tiene que surgir de la experiencia de las necesidades, y volver nuevamente a la experiencia para ilustrar, esto es, para hacer plenamente conscientes esas necesidades. (Pérez Luño: 1983. 67)

1.4 Concepto de derechos humanos

El concepto de derechos humanos se encuentra cargado de diversos fundamentos filosóficos, los cuales tienen sustento dependiendo desde la teoría a la que se circunscriba cada autor, por ejemplo, tal es el caso de Truyol y Serra, quien expone que

(..) hay Derechos Humanos o Derechos del Hombre en el contexto histórico-espiritual -que es el nuestro-, equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes, y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados. (Sagastume Gemmetl: 1991, 11)

Dicha acepción implica la consideración de los derechos humanos como derechos naturales, claramente permeada por una corriente de corte iusnaturalista racionalista, pues posee un vínculo con la naturaleza propia del ser humano y racionalista en el hecho que está basada en las concepciones filosóficas de los racionalistas del Siglo XVII.

Otra de las definiciones que nos presenta Sagastume Gemmetl, es la del profesor Peces-Barba, quien estima que los derechos humanos constituyen la facultad:

(...) que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política y social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a su desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los sociales y del Estado, y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción. (Sagastume Gemmetl: 1991, 11)

Definición desde una visión de corte dualista, toda vez que encontramos por un lado fundamento iusnaturalista racionalista, y por otro, inserta tintes de corte positivista en el sentido de expresar que dichos derechos humanos deben ser protegidos por el sistema jurídico de un Estado, y por lo tanto deben ser tutelados por el mismo

En igual sentido encontramos que Sagastume Gemmetl, trae a colación en su texto a Fernández y a Pérez Luño, quienes en su orden, al respecto señalaron que:

Toda persona posee unos derechos morales por el hecho de serlo y que éstos deben ser reconocidos y garantizados por la sociedad, el derecho y el poder político, sin ningún tipo de discriminación social, económica, jurídica, política, ideológica, cultural o sexual. Estos derechos son fundamentales, es decir se hallan estrechamente conectados con la idea de dignidad humana y son al mismo tiempo las condiciones del desarrollo de esa idea de dignidad

Los Derechos Humanos aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. (Sagastume Gemmetl: 1991, 12)

La anterior resulta una fundamentación histórica, pues considera que los derechos humanos son derechos históricos. Para la corriente iusnaturalista racionalista estos son; inmutables, universales y absolutos; para el fundamento de corte histórico son; variables y relativos. Según los defensores de esta fundamentación de quien Sagastume Gemmetl cita a Peris en el sentido que:

El concepto y formulación de los Derechos Humanos se han ido decantando a través de la historia, a partir del núcleo teórico más amplio de humanidad, entendida ésta no en su apoyo sentimental, sino como un proceso de autoconciencia, mediante el cual se ha objetivado la esencia del hombre como un concepto unitario y abstracto.' Es decir, que no se fundan en la naturaleza humana sino en las necesidades humanas y en la posibilidad real de satisfacerlas dentro de una sociedad, por lo que la temática de los Derechos Humanos estará en función de los valores constituidos en una sociedad histórica concreta y de los fines que ella pretende realizar, siempre que se respete como principio básico la esencia de la dignidad humana como el fin de sí misma. (Sagastume Gemmetl: 1991, 12)

2 LA DIGNIDAD HUMANA COMO NUCLEO DE LOS DERECHOS HUMANOS

En principio desde una visión antropológica idealista, debemos anotar que la noción de dignidad humana es comúnmente vista como una corriente del orden iusnaturalista e histórica. En el primer caso, algunos autores han encontrado una vinculación permanente entre lo que denominamos como derecho natural y dignidad humana. Es así como enuncian que se enmarca una relación preconcebida, en el que la dignidad emerge como el factor que constituye al hombre como persona, y en ese orden de ideas, la dignidad no debe ser vista como una cualidad, sino un estatuto ontológico que constituye al hombre en un orden del ser distinto y más elevado que el resto de los seres de nuestro universo, de lo anterior que

(...) la constitución humana es la más privilegiada de las entidades corporales y esta jerarquía implica que la adherencia a un valor intrínsecamente humano –como lo es la dignidad–, se encuentre implícita en la dimensión del ser (Chacón Mata: 2015, 41).

Para Chacón Mata, si se pretende realizar otra relación funcional del concepto de dignidad humana, se encontrará, según lo dicho por Sánchez, que toda práctica histórica de la libertad, es fruto de una expresión de lucha por la misma, bajo este entendido “(...) todos los valores de la convivencia humana, todo humanismo, todo universalismo ético emancipador es una amenaza contra la cual hay que pelear” (Sánchez: 2000, 229). En este sentido la noción de dignidad humana se encuentra íntimamente relacionada con el valor vida, como pósito principal, bajo el entendido que:

La dignidad de todo ser humano, por el hecho de serlo, es base de los derechos humanos. Pero esa vida digna, segura, inviolable, feliz, es una meta abierta a concretar y superar en cada sociedad y momento histórico. Los derechos humanos tienen, así, un fundamento ético, pero necesitan incorporarse al derecho positivo para realizarse plenamente. Son pretensiones morales que alcanzan su realización cuando se consideran derechos fundamentales positivos, reconocidos por normas, como constituciones y leyes. No son creados por el poder político, son anteriores al poder como conjunto de construcciones racionales y valores para una vida humana digna en sociedades justas. Los derechos representan el contenido esencial de la ética pública de la modernidad y expresan la legitimidad del poder político en las sociedades democráticas. El poder es la instancia mediadora para incorporarlos al derecho positivo y garantizar su cumplimiento [García, 1999, 153] (Chacón Mata: 2015, 42).

(...)

(...) se infiere que la dignidad humana está asociada al respeto del derecho a la vida, que, a su vez, este último derecho presupone el requisito previo para el goce pleno y el disfrute de todos los demás derechos humanos. Independientemente de si el fundamento se considere trascendental o supraterráneo, lo cierto es que la consabida dignidad debe ser un marco de referencia pragmático, pues de lo contrario no tiene sentido absoluto justificar sus alcances y tutela hacia los seres humanos; si estamos ante una suerte de acción protectora imposible de realizar. Así parece que ha sido entendido, inclusive, por la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹, siendo que de no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón de dicho carácter, no son admisibles enfoques restrictivos. De conformidad con el artículo 27.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, este derecho forma parte del núcleo inderogable, pues se encuentra consagrado como uno de los que no puede ser suspendido en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Partes. (Chacón Mata: 2015, 44).

La dignidad humana constituye un principio rector de la política constitucional, por ende cuenta con funciones constitucionales, en la medida que dirige y orienta la acción legislativa, jurisprudencial y gubernamental del Estado. De esta forma todos los poderes y estamentos públicos, deben propender por asegurar el desarrollo de la dignidad humana dentro de todos los ámbitos del proceso legislativo, judicial y administrativo. De igual forma ejecutar las medidas

necesarias en pro de evitar su afectación; ya que todos los poderes públicos están vinculados directamente a la Constitución en sentido formal y material. Por lo que las acciones omisivas de carácter legislativo, judicial o administrativo en velar por el concepto, también debe ser considerada como una infracción a la propia Carta Magna.

Landa nos presenta el concepto de dignidad humana como parámetro orientador en el desarrollo de diferentes funciones constitucionales, las cuales deben ser vistas como derrotero en su perfeccionamiento, entre las cuales señala las siguientes:

En cuanto a la función legitimadora la dignidad humana está dotada de un sentido constitucional de carácter material e instrumental. Material en el sentido que instituye la base de todo el orden cardinal de una comunidad democrática y libertaria; motivo por el cual ocupa una posición preponderante en la estructura del derecho constitucional. La dignidad constituye en este sentido, el punto gravitante que vincula a todos y que suministra legitimidad constitucional al Estado. En cuanto al sentido instrumental del concepto, encontramos como Ferrero estima que también cumple una finalidad legitimadora, pues a partir de la conexión entre dignidad y Constitución; se instituye un instrumento de cambio social. Bajo este parámetro es posible comprender la inmensa fuerza transformadora de la dignidad humana en el campo del desarrollo político, económico, social y cultural de una sociedad.

Dentro de la función ordenadora, la dignidad cumple una función de establecer las acciones generales, impidiendo las contravenciones directas o indirectas contra la persona humana. En razón de lo cual el concepto insta un orden primordial que delimita las actividades desarrolladas por los distintos estamentos del poder público; de esta forma se comprende que resulte vinculante para todos: la dignidad reposa como cimiento para dirimir cualquier conflicto o relación jurídica de carácter pública o privada. El poder y las relaciones sociales sólo son válidas en tanto respeten la dignidad de la persona humana; al respecto estima Landa que:

(...) ello no supone que la dignidad sea un concepto cerrado o absoluto; por el contrario, los nuevos desafíos tecnológicos y científicos genéticos de la reproducción humana, o los viejos dilemas del aborto o la eutanasia alcanzan respuestas provisionales con base en la dignidad; pero "el intento de dominar el problema con una casuística técnica y conceptualmente precisa, también tiene necesariamente que contener lagunas".

Como se puede apreciar, la dignidad de la persona humana por su carácter abierto y omnicomprendivo permite su delimitación en gran medida al ser concretizadas, pero la fijación de los límites constituye uno de los desafíos fundamentales de la justicia constitucional, en la medida que el orden-marco de la dignidad humana debería construir parámetros fijos y otros que queden abiertos. En el primer caso, para el control de los poderes públicos, y el segundo caso para el control de los poderes privados. (Landa: 2002, 124)

Referente a la función temporal, la dignidad humana debe ser ajustada a su carácter de inviolabilidad, lo anterior en la medida que no es consecuencia de una voluntad ocasional, por el contrario la expresión unitaria de la voluntad política del pueblo de dar forma y modo a los principios y valores de la comunidad. Por ello, la dignidad contiene un impulso de duración que permite la estabilidad a la Constitución. Eso no supone obviamente la inamovilidad, sino por el contrario una dinámica que debe estar acorde al espíritu de la época, y que debe responder a las expectativas culturales de cada grupo. De lo anterior que la dignidad se implante en un transcurso social dinámico y abierto, con un futuro amplio dentro del marco del Estado democrático y constitucional; estima Landa que:

Para asegurar la estabilidad y la flexibilidad de la dignidad humana se debe realizar un proceso que evite el juego revolucionario del todo o nada —Entweder oder—, o del dentro o fuera —aut aut— donde perdería su vocación de principio constitucional dispuesto a integrar a las distintas fuerzas sociales y políticas hacia el futuro, lo que supone una permanente adecuación del concepto de dignidad con la realidad social; convirtiéndose en un proceso de mutación constitucional, en virtud del cual el texto literal de la norma se mantiene, pero sus contenidos se van transformando de acuerdo con las necesidades y aspiraciones de la persona humana.

Postulados propios de cierto renacimiento de la concepción neo-iusnaturalista de los derechos humanos y de una interpretación constitucional abierta y pluralista, esta última siempre abierta a la dinámica e integración política de los diferentes intereses sociales.⁵² En la medida que la dignidad humana se inserta en una época, está expuesta a la dinámica de las ideas y fuerzas sociales, políticas y culturales que la desarrollan y perfeccionan. Pero es aquí donde aparece en toda su magnitud el problema de sus límites, lo cual está directamente vinculado al tema del contenido esencial de la dignidad. (Landa: 2002, 125)

Por otra parte en cuanto a la función esencial, la dignidad sienta sus principios, valores y autonomía, como fundamento de unidad constitucional. En la manera como los elementos del contenido esencial de la dignidad se encuentran directamente vinculados a los bienes jurídicos consagrados como inmutables en una Constitución, con lo anterior, aquellos principios y derechos en esencia resultan inmodificables, no obstante el poder reformador de una constituyente. Es decir, bajo ningún punto resultan negociables, a saber, los derechos fundamentales de la persona que operan como una cláusula pétrea.

La función integradora como expresión de la libertad y autonomía, se representa la unificación de esta. Lo anterior se puede señalar en que la dignidad de la persona constituye ese motor transformador de la propia realidad que posibilita el consenso y por ende la integración social. Nos encontramos ante un proceso vital de constante transformación que hace posible avalar mediante la dignidad de la persona humana el fundamento de la vida social.

La dignidad humana, en tanto valor y principio, no sólo dirige global y específicamente a las fuerzas y agentes político-sociales, sino que también afirma los escenarios y factores generadores de unidad y de paz que emanan de los procesos espirituales, éticos y culturales de la comunidad. Y es precisamente aquí en donde radican las posibilidades de gestar un consenso democrático sobre la base de la dignidad humana, en un sentido material e instrumental: material, en tanto se incorporen los valores y principios que dan sentido de unidad al pueblo; e instrumental, en tanto se reconozca al pluralismo, la tolerancia y la participación como una fórmula dual de resolver el conflicto social.

La positivización de la dignidad a través de los derechos naturales del hombre les otorgó obligatoriedad al incorporarlos en las Constituciones; sin embargo, la Constitución no es una garantía por sí sola de su cumplimiento, sino en la medida que a través de ella fluyan los órdenes concretos o instituciones que radican en el sistema social previamente. (Landa: 2002, 127)

Por función limitadora, la dignidad humana opera como parámetro de restricción y control del poder, en el sentido que encarna la inscripción de valores constitucionales como los de libertad, derechos humanos, democracia, división de poderes, descentralización y economía social de mercado. La clásica función limitadora del concepto debe adecuarse a una concepción del poder limitado, y por tanto controlado, lo anterior bajo el entendido que la dignidad resulta vinculante a todos los asociados dentro de un conglomerado en la medida que, como lo señala Howard McIlwain “el constitucionalismo tiene una esencial cualidad: implica una limitación jurídica del gobierno; es la antítesis del gobierno arbitrario”. Sin embargo, se debe examinar que el concepto aparece con diferentes grados de intensidad, dependiendo de la entidad, grupo social o persona jurídica o natural a quien vaya dirigida la limitación. En este sentido, la dignidad debe operar gradualmente sobre la base de la regla democrática: quien tiene más poder y responsabilidad estará sujeto a mayores niveles de control y limitación.

Finalmente, como función libertaria se desarrolla en la medida que propenda por asegurar la independencia y la autodeterminación de las personas. En este punto la dignidad se encuentra sujeta directamente con la tutela de los derechos fundamentales, de manera específica con los derechos a la libertad y la autonomía personal. Lo anterior se relaciona con el carácter limitado del

poder, toda vez que el concepto compone la plataforma material de los derechos humanos; pero no de un manera individualista y egoísta, sino en un parámetro institucional de ponderación frente al Estado y sus asociados.

Como lo hemos anotado, existe una estrecha relación entre la dignidad humana y los derechos humanos, lo anterior dado que se instituye como su razón de ser, fin y límite. Ambos conceptos comparten su doble carácter como derechos de la persona y como base fundamental del orden institucional; de modo que como lo estima Hauriou “los derechos individuales son a la vez instituciones jurídicas objetivas y derechos subjetivos”. Por lo cual la dignidad al operar no sólo como un derecho individual, sino también como un derecho objetivo, se instituye como límite a los derechos fundamentales; lo expuesto se traduce en el deber general de respetar los derechos ajenos y propios.

La dignidad humana incide de manera directa en las funciones de los derechos humanos. En este sentido, el contenido y los límites de estos deben determinarse partiendo de la totalidad del sistema constitucional dentro del cual encuentra base el concepto estudiado, partiendo de su esencia, y emergiendo como referente de todo derecho humano. Bajo el anterior entendido, dichos valores se basan por excelencia en la dignidad humana, lo anterior puede ser entendido en una doble perspectiva, a saber, una teoría absoluta que indaga sobre el mínimo intangible, y otra teoría relativa que indaga sobre otros valores y bienes constitucionales que justifiquen su limitación, resulta pues, vinculante en tanto se le concibe de acuerdo con la teoría institucional: como categoría jurídico-positiva y como categoría valorativa, en consecuencia:

(...) la ley en el sentido institucional está orientada concretamente a la realización de la dignidad como instituto, es decir que la garantía institucional de la dignidad tiende a penetrar en la realidad que se halla detrás del concepto jurídico de dignidad humana. De esta manera, la dignidad constituye un instituto sólo cuando puede ser efectivamente reivindicada por los titulares —cambiar el hecho por la norma—, es decir cuando se hace regla.

Continuando con la aplicación de la doctrina institucional a la dignidad humana, a ésta se puede concebir desde dos perspectivas: una primera, la concepción sistémica, que parte de una interpretación propia del derecho en el marco de la teoría del sistema social y del método estructural-funcionalista, y que nos remite a la idea de que “los derechos fundamentales de libertad y dignidad tienen una importante función de proteger dicha esfera social contra las decisiones de una intromisión estatal, la cual podría paralizar el potencial expresivo (simbólico-comunicativo) de la personalidad” Sin embargo, es de destacar que el análisis sistémico de la dignidad también incorpora la variable social compleja, es decir que el ejercicio de la dignidad se encuentra en correspondencia con el

sistema jurídico, que depende del sistema social existente, moderno o tradicional.⁸⁴ Entonces, se podría afirmar que la dignidad queda así relegada a la condición de un subsistema cuya función prioritaria reside en posibilitar la conservación y estabilidad del sistema social, perdiendo de este modo su dimensión emancipatoria y reivindicativa de necesidades e ilusiones, individuales y colectivas. (Landa: 2002, 133)

Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia en reiterada jurisprudencia ha sido enfática en señalar que la dignidad humana representa un derecho fundamental⁴ y lo ha definido como de carácter autónomo, equivalente al merecimiento de un trato especial de toda persona por el solo hecho de serlo, adicional a la facultad que se tiene de exigir de los demás un trato acorde con su propia condición humana. Por tanto, estima cuenta con un grado de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado. En consecuencia y respecto de la conceptualización de la dignidad humana, el Máximo Órgano en materia constitucional a estimado que:

el objeto de protección del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).

De otro lado al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo.

11. Estos seis aspectos no representan de manera alguna una postura definitiva y restringida del objeto protegido, del mandato de acción, de las razones normativas o de la configuración de los límites, en que el enunciado normativo de la "dignidad humana" se concreta. Por el contrario encuentra y reconoce la Sala, la riqueza tanto conceptual como funcional de la dignidad humana como concepto normativo, de tal forma que el énfasis o el acento que resulte puesto en uno de los sentidos expresados para efectos de la argumentación y en general de la solución jurídico constitucional de los casos concretos, no implica la negación o la pérdida de validez de los demás, incluso de las que no aparecen en este fallo relacionadas. En este sentido no importará para efectos de la validez-existencia de la norma jurídica implícita en el enunciado normativo “dignidad humana”, que la misma se exprese como derecho fundamental, como principio constitucional o como valor; y en el mismo sentido, que aparezca como expresión de la autonomía individual, como expresión de ciertas condiciones materiales de existencia, o como expresión de la intangibilidad de ciertos bienes.

(...)

Síntesis

⁴Derechos fundamentales debe ser entendidos como derechos constitucionalizados.

28. En la mayoría de los fallos en los cuales la Corte utiliza la expresión "dignidad humana" como un elemento relevante para efecto de resolver los casos concretos, el ámbito de protección del derecho (autonomía personal, bienestar o integridad física), resulta tutelado de manera paralela o simultánea con el ámbito de protección de otros derechos fundamentales con lo cuales converge, sobre todo, con aquellos con los cuales guarda una especial conexidad, como el derecho a la igualdad, el derecho al trabajo, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la identidad personal, el derecho a la vida, el derecho a la salud, el derecho a la propia imagen o el derecho al mínimo vital, entre otros.

Esta situación merecería una revisión frente a la determinación de la naturaleza jurídica de la dignidad humana, porque si bien, para la solución correcta de los asuntos constitucionales, basta la invocación y la protección de un derecho fundamental nominado o innominado específico, no parece adecuado acudir a la artificiosa construcción de un llamado derecho a la dignidad. Más aún, si la propia Corte ha concluido que la dignidad es un principio constitucional, y un elemento definitorio del Estado social de derecho colombiano, al que como tal, le corresponde una función integradora del ordenamiento jurídico, constituye un parámetro de interpretación[42] de los demás enunciados normativos del mismo y sobre todo es la fuente última, o el "principio de principios" del cual derivan el fundamento de su existencia-validez buena parte de los llamados derechos innominados.

Sin embargo, el cauce abierto por la Corte tiene una especial importancia en el desarrollo del principio de la eficacia de los derechos fundamentales y de la realización de los fines y valores de la Constitución, sobre todo en lo relativo a la concepción antropológica[43] del Estado social de derecho. Porque si bien la Sala ha identificado tres ámbitos concretos de protección a partir del enunciado normativo del "respeto a la dignidad humana," ámbitos igualmente compartidos por otros enunciados normativos de la Constitución (artículos 12 y 16), una interpretación más comprensiva de la Constitución permite y exige la identificación de nuevos ámbitos de protección que justifican el tratamiento jurisprudencial del enunciado sobre la dignidad, como un verdadero derecho fundamental.

29. En este sentido, considera la Corte que ampliar el contenido de la dignidad humana, con tal de pasar de una concepción naturalista o esencialista de la misma en el sentido de estar referida a ciertas condiciones intrínsecas del ser humano, a una concepción normativista o funcionalista en el sentido de completar los contenidos de aquella, con los propios de la dimensión social de la persona humana, resulta de especial importancia, al menos por tres razones: primero, porque permite racionalizar el manejo normativo de la dignidad humana, segundo, porque lo presenta más armónico con el contenido axiológico de la Constitución de 1991, y tercero, porque abre la posibilidad de concretar con mayor claridad los mandatos de la Constitución.

Con esto no se trata de negar el sustrato natural del referente concreto de la dignidad humana (la autonomía individual y la integridad física básicamente), sino de sumarle una serie de calidades en relación con el entorno social de la persona. De tal forma que integrarían un concepto normativo de dignidad humana, además de su referente natural, ciertos aspectos de orden circunstancial determinados por las condiciones sociales, que permitan dotarlo de un contenido apropiado, funcional y armónico con las exigencias del Estado social de derecho y con las características de la sociedad colombiana actual.

En conclusión, los ámbitos de protección de la dignidad humana, deberán apreciarse no como contenidos abstractos de un referente natural, sino como contenidos concretos, en relación con las circunstancias en las cuales el ser humano se desarrolla ordinariamente.

De tal forma que integra la noción jurídica de dignidad humana (en el ámbito de la autonomía individual), la libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle. Libertad que implica que cada persona deberá contar con el máximo de libertad y con el mínimo de restricciones posibles, de tal forma que tanto las autoridades del Estado, como los particulares deberán abstenerse de prohibir e incluso de desestimular por cualquier medio, la posibilidad de una verdadera autodeterminación vital de las personas, bajo las condiciones sociales indispensables que permitan su cabal desarrollo.

Así mismo integra la noción jurídica de dignidad humana (en el ámbito de las condiciones materiales de existencia), la posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos bienes y de ciertos servicios que le permiten a todo ser humano funcionar en la sociedad según sus especiales condiciones y calidades, bajo la lógica de la inclusión y de la posibilidad real de desarrollar un papel activo en la sociedad. De tal forma que no se trata sólo de un concepto de dignidad mediado por un cierto bienestar determinado de manera abstracta, sino de un concepto de dignidad que además incluya el reconocimiento de la dimensión social específica y concreta del individuo, y que por lo tanto incorpore la promoción de las condiciones que faciliten su real incardinación en la sociedad.

El tercer ámbito también aparece teñido por esta nueva interpretación, es así como integra la noción jurídica de dignidad humana (en el ámbito de la intangibilidad de los bienes inmateriales de la persona concretamente su integridad física y su integridad moral), la posibilidad de que toda persona pueda mantenerse socialmente activa. De tal forma que conductas dirigidas a la exclusión social mediadas por un atentado o un desconocimiento a la dimensión física y espiritual de las personas se encuentran constitucionalmente prohibidas al estar cobijadas por los predicados normativos de la dignidad humana; igualmente tanto las autoridades del Estado como los particulares están en la obligación de adelantar lo necesario para conservar la intangibilidad de estos bienes y sobre todo en la de promover políticas de inclusión social a partir de la obligación de corregir los efectos de situaciones ya consolidadas en las cuales esté comprometida la afectación a los mismos.

Para la Sala la nueva dimensión social de la dignidad humana, normativamente determinada, se constituye en razón suficiente para reconocer su condición de derecho fundamental autónomo, en consonancia con la interpretación armónica de la Constitución. (Corte Constitucional: Sentencia T 881 2002)

Recopilando lo anterior, resulta pertinente dejar sentado que la esencia de la dignidad humana se fundamenta en las relaciones humanas. En esta evolución los derechos humanos se instituyen bajo el concepto mismo de la dignidad en sus dos dimensiones, como derecho mismo y como base fundante del sistema.

3 DERECHO INDÍGENA PROPIO Y DERECHOS HUMANOS

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo OIT, señala que los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, en igual sentido los derechos que en general han sido reconocidos a toda la población; lo anterior significa que al aplicar la legislación interna, deberán tomarse en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. Bajo el anterior entendido, el Estado deberá respetar los métodos a los cuales tradicionalmente recurren los pueblos indígenas y tribales como medidas correctivas cuando uno de sus miembros trasgrede alguna disposición. En teoría respecto de los postulados del derecho propio; deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos a la pena privativa de la libertad y encaminar medidas para garantizar que puedan comprender y hacerse comprender en

procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, interpretes u otros medios eficaces para tal fin.

En el país, las autoridades de los pueblos indígenas (según el artículo 246 de la Constitución Política de Colombia) pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarias a la Constitución y a las leyes de la República, bajo este entendido la Jurisdicción Especial Indígena constituye en un elemento de reconocimiento del pluralismo jurídico, pues la misma (...) es desarrollada de acuerdo con las concepciones culturales de lo que es el hombre y el tipo de relaciones que debe tener con sus semejantes y con el medio que lo rodea(Sánchez: 2001, 142)

En este punto nos encontramos ante un conflicto que se presenta entre los principio de diversidad étnica y cultural, los cuales imponen al Estado el deber de garantizar el derecho a la diferencia y a la autonomía indígena que para el caso de Colombia se encuentra consagrada como se vio con anterioridad, en el artículo 246 del texto constitucional, y el principio de reconocimiento de los derechos humanos a los asociados y para el caso en particular los del mismo indígena, el cual reclama del Estado su tutela correspondiente.

Ante los vacíos en materia legislativa, la Corte Constitucional de Colombia ha puesto en evidencia la citada tensión entre ambos principios, en el entendido que

“Existe una tensión entre el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural y la consagración de los derechos fundamentales. Mientras que éstos filosóficamente se fundamentan en normas transculturales, pretendidamente universales, que permitirían afianzar una base firme para la convivencia y la paz entre las naciones, el respeto de la diversidad supone la aceptación de cosmovisiones y de estándares valorativos diversos y hasta contrarios a los valores de una ética universal. Esta paradoja ha dado lugar a un candente debate filosófico sobre la vigencia de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales. La plena vigencia de los derechos fundamentales constitucionales en los territorios indígenas como límite al principio de diversidad étnica y cultural es acogido en el plano del derecho internacional, particularmente en lo que tiene que ver con los derechos humanos como código universal de convivencia y diálogo entre las culturas y naciones, presupuesto de la paz, de la justicia, de la libertad y de la prosperidad de todos los pueblos”(Corte Constitucional: Sentencia T-254 1994).

Borja Jiménez, nos presenta algunas propuestas que marcan convenientemente las vías de argumentación adecuadas para proporcionar una solución razonable a la cuestión formulada, a

saber, en primer término señala que la preexistencia de culturas indígenas en Latinoamérica, frente a la tradición occidental que arribó al Continente en el período de colonización, trayendo consigo un modelo social que abarcaba todos los estamentos del orden social. Desde luego, en la tesis del mismo, dichos antecedentes y la colonización cultural proveniente de Europa durante cinco siglos, correspondería llevarnos hoy a la consideración por igual de ambos sistemas de valores, sin que se pudiese establecer rango jerárquico alguno entre los mismos.

En otra instancia, se plantea el hecho de la universalidad de los derechos humanos, la cual ha encontrado diferentes fundamentos. Uno de ellos es el que constituye que el contenido de los derechos humanos, debe emerger como conjunto de estados de valor o de requerimientos objetivos que resultan decididamente indispensables para el reconocimiento del ser humano y su dignidad. Bajo la anterior premisa todo poder político debe garantizar, más allá que el reconocimiento, la tutela de los derechos fundamentales de todos sus asociados, y los derechos colectivos de determinados grupos humanos asentados dentro de su territorio que constituyen la plataforma de la propia idiosincrasia, cultural, tradiciones, usos, costumbres, religiosidad, es decir, su cosmovisión del mundo y forma de existencia.

De lo anterior, los filósofos de Apel y Habermas, han enunciado la necesidad de establecer un proceso de comunicación, que propenda por el consenso en relación con las normas materiales que se quieren universalizar, contando para esto con las representaciones valorativas de todas las culturas afectadas. En consecuencia, resulta necesario que concurren unas condiciones mínimas que robustezcan la mediación con el fin de conseguir dicho consenso entre lo general y lo específico, es decir entre la visión occidental y la perspectiva indígena. Aspectos que para Borja Jiménez raramente se dan en la realidad, salvo en auténticos Estados de Derecho que funcionen como tales.

Esta misma pauta, es utilizada por la Corte Constitucional colombiana con el objetivo de aportar una respuesta frente a la cuestión del límite de tolerancia de las conductas permitidas en las culturas indígenas que puedan menoscabar un derecho fundamental universalmente reconocido. “Una primera solución a este tipo de conflictos, se ha planteado en términos de un diálogo intercultural que sea capaz de trazar unos estándares mínimos de tolerancia, que cubran los diferentes sistemas de valores. Es decir, lograr un consenso en aquel mínimo necesario para la convivencia entre las distintas culturas, sin que ello implique renunciar a los presupuestos esenciales que marcan la identidad de cada una” [Sentencia de la Corte Constitucional colombiana T-523/97] (Borja Jiménez: 2009, 33)

La siguiente situación que se presenta, consiste en el mínimo de derechos que se le debe reconocer a todo ser humano por su propia condición, sin que medie sistema normativo alguno. De lo anterior se establece que todo ordenamiento jurídico debe pensar al hombre como agente moral, y de ahí que sean el respeto al principio de autodeterminación, la autonomía de la persona, y su dignidad humana, variables que no están sujetos a negociación alguna. De aquí se derivan algunos derechos íntimamente ligados a este reconocimiento con carácter universal, tales como el derecho a la vida, la integridad física, libertad de expresión, entre otros. Todo ello matizado con la aceptación de los deberes que la cultura indígena impone a sus miembros (deberes más “fuertes” que en el sistema occidental), como son los genéricos de cooperación, solidaridad y trabajos comunitarios, pues Borja Jiménez estima que la propia Corte Constitucional:

(..) ha delimitado concretamente el ámbito de lo prohibido en sede de actuación jurisdiccional de las autoridades indígenas. Es decir, en última instancia nos estamos cuestionando la legitimidad de todo tipo de medidas de intervención penal (sean procesales o materiales) que se utilizan en el Derecho Penal indígena, en la medida en que puedan atentar a las garantías individuales universalmente reconocidas. Y en estos términos, la Corte Constitucional ha expresado claramente, después de una argumentación bastante convincente, y en la que ahora no podemos entrar, su entendimiento de los límites de actuación en el ejercicio del Derecho Penal indígena. “Por lo tanto, y bajo este presupuesto, los límites mínimos que en materia de derechos humanos deben cumplir las autoridades indígenas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales responden, a juicio de la Corte, a un consenso intercultural sobre lo que «verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciosos del hombre», es decir, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura y, por expresa exigencia constitucional, la legalidad en el procedimiento, en los delitos y en las penas (entendiendo por ello, que todo juzgamiento deberá hacerse conforme a las «normas y procedimientos» de la comunidad indígena, atendiendo a la especificidad de la organización social y política de que se trate, así como a los caracteres de su ordenamiento jurídico). Estas medidas se justifican porque son «necesarias para proteger intereses de superior jerarquía y son las menores restricciones imaginables a la luz del texto constitucional» [Sentencia de la Corte Constitucional colombiana T-523/97]

La Corte, coherente con este planteamiento, no considera atentados a los derechos humanos el empleo limitado de sanciones corporales (como el fuste o el cepo) o el juzgamiento del sujeto sin que éste se halle presente, siempre que venga representado o defendido por personas allegadas (situación que hipotéticamente podría atentar al principio del debido proceso). (Borja Jiménez: 2009, 34)

En suma, manifiesta Borja Jiménez que siempre y cuando el sistema jurídico originario respete unos mínimos en el marco del reconocimiento y tutela de los derechos humanos, usualmente representados en la salvaguarda de la vida e integridad física, prohibición de la esclavitud y tortura, y en la obediencia de los fundamentos básicos del debido proceso, considera el autor más conveniente que se tomen en consideración las normas propias que encuentran fundamento en los usos y costumbre de determinada comunidad indígena, con lo cual

(...) en efecto, puede plantearse desde la mentalidad occidental que entrados ya en el siglo XXI, no se debe castigar a una persona a sufrir 40 latigazos, a realizar forzosamente trabajos en favor de la comunidad durante un año u obligarle a someterse a la inmovilización de su cuerpo por medio del cepo. Y estoy de acuerdo en considerar esta solución monstruosa si se aplicase en cualquiera de los países de la Unión Europea o en cualquier otro Estado de corte occidental. Pero ya vimos en su momento que la pena privativa de libertad no cumple ninguno de los fines que persigue el Derecho Penal indígena, mientras que estas otras, que acarrearán una gran carga ritual y un menor contenido aflictivo del que aparentemente representan, muestran una gran idoneidad para alcanzar los principios de prevención especial, de reciprocidad, equilibrio y salvaguarda de la paz social, que aparecen como objetivos fundamentales de este sistema. Nos preguntamos entonces qué ocurre con el principio de humanidad de las penas, pero también sobre ese concepto de humanidad podríamos encontrar distintas valoraciones en una y otra cultura. Si fuéramos capaces de entender el mundo de civilizaciones como la amerindia desde su concepción cultural, aceptaríamos ciertas sanciones que aparentemente parecen inhumanas, pero que en realidad lo son menos que las penas privativas de libertad (...) (Borja Jiménez: 2009, 35)

Pese a lo expuesto, dentro de los presupuestos del derecho indígena propio y los diferentes sistemas de justicia indígena que reflejan la organización social y regulan las conductas a través de las normas consuetudinarias y otros mecanismos de control social, mediante los cuales los diferentes pueblos conjuran las conductas que desarmonizan sus entornos a través de principios y reglas prácticas puestas en vigor por medio de sanciones concebidas en comunión con las fuerzas de la naturaleza y transmitidas esencialmente de manera oral, tal como lo afirma Sánchez, dicha situación ya no resulta tan clara; lo anterior dado que los presupuestos que llevarían a pensar las medidas sancionatorias como la excepcional privación de la libertad, esta resulta ser más drástica y habitual de lo que se piensa, lo anterior como se verá en el capítulo siguiente, puede ser concebida como la renuncia a la aplicación de una justicia restaurativa por la implementación de medidas propiamente características de la justicia retributiva.

CAPITULO TERCERO

SISTEMA DE DERECHO PENAL OCCIDENTAL Y DERECHO INDÍGENA PROPIO: DIFERENCIAS

Los sistemas de justicia penal de manera general, tienden a ser métodos altamente estructurados y formales, lo anterior toda vez que cuentan con el propósito de legitimar las limitaciones de la libertad mediante ejercicio del *ius puniendi* en un Estado de Derecho, pues en principio bajo los parámetros de justicia retributiva, la pena privativa de la libertad, constituye el medio a través del cual el sistema está autorizado a restringir unos derechos en pro garantizar otros a todos y cada uno de sus asociados. Con el surgimiento de movimientos en pro de la reivindicación de derechos por parte de las comunidades indígenas en Colombia, se da el reconocimiento a la Jurisdicción Especial Indígena, mediante la cual los pueblos ancestrales se encuentran dotados de autonomía jurisdiccional para la aplicación del denominado derecho indígena propio, basado en un modelo de justicia (contrario al clásico que conocemos) denominado justicia restaurativa, en donde en teoría, la pena privativa de la libertad, no constituye una opción adecuada para el cumplimiento de los fines sancionatorios para las comunidades propias.

El presente capítulo se dividirá en dos temas principales, el primero de ellos compuesto por el modelo de justicia retributiva y restaurativa. En dicho acápite se estudiarán los elementos principales de la finalidad de la pena en el sistema penal occidental y el derecho indígena propio y la justicia restaurativa, para proceder a realizar un contraste de los mismo y finalmente hacer referencia a las medidas correctivas dentro de la Jurisdicción Especial Indígena, y el estudio de la sentencia T 208 de 2015 proferida por la Corte Constitucional.

En el segundo aparte de este capítulo, iniciaré con la situación de indígenas privados de la libertad en establecimientos carcelarios bajo el concepto de “patio prestado” o en calidad de “guardados”, para pasar a la presentación de caso de tres internos puestos en el EPAMSCAS de Popayán condenados por sus autoridades indígenas, con el propósito principal de estudiar el ejercicio y cumplimiento del poder sancionatorio de la Jurisdicción Especial Indígena en Colombia por medio de la experiencia vivida por este grupo de reclusos, para posteriormente absolver el

interrogante de si ¿Estos internos han sido abandonados por sus comunidades indígenas? La metodología por seguir en el desarrollo del presente capítulo será de tipo descriptivo.

1. MODELO DE JUSTICIA RETRIBUTIVA Y MODELO DE JUSTICIA RESTAURATIVA

Resulta claro en este punto enunciar que la justicia retributiva y la restaurativa difieren de muchas maneras. La justicia retributiva es la existe en la justicia penal, y es, como ya se vio el fundamento del sistema de justicia penal occidental, es decir, retribuir al delincuente con un castigo consistente en la pena de privación de la libertad por el daño delictuoso causado. Contrario a esto como se vio encuentra asidero el planteamiento de justicia restaurativa, la cual tiende a que la solución del conflicto no se circunscriba simplemente un proceso para aplicar una pena. Está en teoría busca la forma alternativa, útil, eficaz y pacífica de dirimir la situación por la comisión de una conducta contraria a la armonía social.

Ordóñez y Brito, nos presentan un paralelo mediante el cual, resultan evidentes las principales características contrastadas entre los dos tipos de justicia, en el que mediante un cuadro sintetizan los principales presupuestos de cada una de ellas:

MODELO RETRIBUTIVO	MODELO RESTAURATIVO
El delito es la infracción a la norma Penal del Estado	El delito es la acción que causa daño a otra persona
Se centra en el reproche, la culpabilidad, mirando al pasado, a lo que el delincuente hizo.	Se centra en la solución del problema, en la responsabilidad y obligaciones mirando al futuro.
Se parte de una relación de contrarios, de adversarios, que buscan someter y vencer al enemigo en un proceso normativo legal.	Se establece un diálogo y una negociación normativa que impone al delincuente una sanción restauradora.
El castigo es la consecuencia natural y dolorosa del delito que aspira a disuadir y a prevenir la ocurrencia de la infracción.	La solución del conflicto está en la reparación como un medio de restaurar ambas partes, víctima y delincuente. Tiene como meta la reconciliación.
El delito se percibe como un conflicto (ataque) del individuo contra el Estado, con lo cual no se aprecia su dimensión interpersonal y conflictiva	El delito se reconoce como un conflicto interpersonal. Se reconoce el valor del conflicto.
El daño que padece el sujeto pasivo del delito se compensa con otro daño al delincuente	Se pretende lograr la restauración del daño social.
Se margina a la comunidad (y a las víctimas) y se ubica abstractamente en el Estado.	La comunidad actúa como catalizador de un proceso restaurativo con miras a una paz futura.
Se promueve el talante competitivo y los valores individuales.	Se incentiva la reciprocidad y los valores de la comunidad.

La sanción es la reacción del Estado contra el delincuente. En el proceso se ignora a la víctima y el delincuente permanece pasivo	Se reconoce el papel de la víctima y el papel del delincuente, tanto en el problema (delito) como en su solución. Se reconocen las necesidades y los derechos de la víctima. Se anima al delincuente a responsabilizarse.
El deber del delincuente es cumplir (sufrir) la pena	Se define la responsabilidad del delincuente como la comprensión del impacto de su acción y el compromiso de reparar el daño.
El delincuente no tiene responsabilidad en la solución del problema	El delincuente tiene responsabilidad en la solución del problema
El delito se define al tenor de la formulación legal, sin tomar en consideración las dimensiones morales, sociales, económicas y políticas.	El delito se entiende en todo su contexto moral, social, económico y político.
El delincuente tiene una deuda con el Estado y la sociedad en abstracto	Se reconoce a la víctima la deuda/responsabilidad
El estigma del delito es imborrable	El estigma del delito puede borrarse por la acción reparadora/restauradora
No se fomenta el arrepentimiento, el perdón	Se procura el arrepentimiento y el perdón.
La justicia está exclusivamente en manos de profesionales gubernamentales.	La respuesta al delito se crea desde los propios protagonistas.

(Ordóñez & Brito: 2004, 231-232).

1.1 La Finalidad de la Pena en el Sistema Penal Occidental y la Justicia Retributiva

El derecho penal moderno, posterior a la Revolución Francesa, fue fundamentado sobre los principios que había expuesto Beccaria en el año 1764, y se asentó, en una ideología racionalista elaborada por la filosofía del iluminismo. En dichos postulados la limitación de la libertad como consecuencia de la pena solo se entendía justificada como un medio para alcanzar una determinada meta socialmente valiosa, bajo la premisa del fin de la pena Beccaria estimaría que “no es otro que impedir al reo hacer nuevos daños a sus conciudadanos y motivar a los demás a no hacerlos de la misma manera”. Es a partir de este postulado que el artículo 5 de la Declaration des droits de l’homme et du citoyen de 26 de agosto de 1789 estableció que “La loi n’a le droit de défendre que les actions nuisables à la société” (¿qué es lesivo para la sociedad?), a su vez el artículo 8 insistió en que “La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires” (¿para qué debían ser evidentemente necesarias las penas?). Dichos interrogantes se constituirían en la ideología del derecho penal moderno.

En el marco constitucional del Estado Social de Derecho, las teorías de la pena expresan la función del derecho penal en una sociedad basada en la libertad, la igualdad y la dignidad de la persona. Bajo estos parámetros resulta incuestionable que las teorías de la pena son también la expresión de una ideología. El Estado, bajo el *ius puniendi*, se encuentra legitimado para castigar trasgresiones a las normas establecidas en el ordenamiento jurídico que afecten la convivencia social y a su conglomerado, por medio de penas privativas de la libertad que deben ser purgadas en Establecimientos Carcelarios a su disposición. En términos generales la pena para el sistema de justicia occidental resulta una consecuencia obligada del delito, pues:

“supone la limitación de los derechos personales a un sujeto impuesta por el Estado como consecuencia de un proceso adelantado por el ente competente, cuando es declarado responsable de una conducta definida de manera inequívoca por las normas, que lesiona o pone en peligro sin justa causa, el bien jurídico tutelado”. (Galvis M: 2003, 17).

Por regla general los fines de la pena en este sistema, emergen como un anhelo de retribución de un daño causado, acompañado con el restablecimiento del orden social, situación que se enmarca dentro de las teorías absolutas de la pena “la pena no tiene un fin si no es el mismo fin” (Migliardi: 2011, 95) Posterior a ello surgen las teorías relativas, en las que muta el concepto y desarrolla fines preventivos, esta temática es tratada por Ávila Ordóñez, reseñando autores como Gunther Jakobs y Percy García Cavero en el siguiente sentido:

La prevención general positiva propone generar el respeto y cumplimiento de los ciudadanos a las normas jurídicas, pues el delito no es más que la expresión simbólica de una falta de fidelidad al sistema social. La prevención general negativa busca generar en la sociedad un efecto intimidatorio por la amenaza de la aplicación de una pena cuando se comete un delito.

La prevención especial por otro lado, se enfoca en los efectos de la pena en el individuo que la soporta, por tanto la prevención especial positiva busca por un lado la rehabilitación y resocialización del individuo y la prevención especial negativa tiene como objetivo evitar que el individuo vuelva a cometer un delito, es decir busca eliminar la reincidencia (Ávila: 2013, 953)

En este acápite nos centraremos en el marco de las teorías absolutas de la pena, lugar en donde se inscriben los postulados de la justicia retributiva. Para dicha dimensión el sentido de la pena se cimienta en que la responsabilidad del autor de un delito sólo se subsana con la exigencia de una pena. De ahí que su proposición fundamental sea que la pena debe ser vista como una retribución del mal causado, por lo que la justificación de la sanción penal consiste en la realización de la justicia como valor ideal.

La pena, por ello, dentro de esta dimensión tiene un carácter absoluto, pues como se enunció en palabras de Migliardi, constituye un fin en sí misma. Por esta razón, se explica que la teoría de la retribución tenga una relación directa con el principio de proporcionalidad, toda vez que la culpabilidad aquí no solo es el fundamento de la pena sino también su consecuencia, de modo que el castigo penal no puede, por principio, exceder la intensidad del reproche. Por lo que el derecho penal para estas teorías encuentra su legitimidad en constituir el instrumento eficaz para el logro de esos fines, en los que se plantea que la idea de retribución:

(...) descansa sobre tres presupuestos inmanentes: el primero consiste en que la facultad del Estado para, mediante la pena, dar al culpable su merecido, sólo se justifica plenamente si se reconoce la superioridad moral de la comunidad frente al delincuente. El segundo consiste en la existencia de una culpabilidad que puede ser medida según su gravedad y el tercero, en que la retribución presupone que en el terreno de los principios se puede armonizar de tal manera el grado de culpabilidad y la gravedad de la pena, que la sentencia puede ser considerada justa por el autor y por la colectividad. En este último orden de ideas se expresa una concepción de la retribución que refleja un leve pero importantísimo matiz, consistente en sustituir la idea de la retribución por un concepto de expiación. (Migliardi: 2011, 95)

1.2 El derecho indígena propio y la justicia restaurativa

Pese a que en la mayoría de los casos cada uno de los pueblos indígenas difiere respecto de sus usos y costumbres en la aplicación del derecho propio, las diferentes comunidades confluyen en la implementación del modelo de justicia restaurativa. Lo anterior dado que, lo que en principio pretende el sistema indígena es fundamentalmente resarcir el daño y las restauración de las relaciones al interior de la comunidad, para muchos de estos grupos cuando uno de sus comuneros trasgrede una de sus reglas generando una desarmonización en el mismo, el autor se encuentra siendo permeado por una energía negativa o maligna, por lo cual esta situación ha impregnado a la comunidad y debe ser restaurada.

Regalado expone que la justicia restaurativa está siempre presente en la administración de la justicia comunitaria, reconociendo que la conducta criminal causa daño a las personas y al grupo en general, los cuales deben ser reparados y por ende a las partes se les permite participar en el proceso, con el objetivo de lograr nuevamente el restablecimiento del equilibrio social.

Las penas en la justicia comunitaria no se detienen principalmente en la culpabilidad dolosa o subjetiva, los hechos son objetivos y las sanciones se aplican sobre la base de la confesión y el arrepentimiento. Las penas no persiguen el pasado sino sobre todo restaurar el orden de las relaciones rotas en la comunidad y miran hacia el futuro; persiguen reparar el daño cometido. El investigador americano John Guillitz. Tiene una tesis interesante sobre este punto. El sostiene por ejemplo, haciendo un estudio sobre las rondas campesinas en el Perú, que en la aplicación de las penas hay un acto de purificación, y que las sanciones ronderas son parte de las costumbres de la zona, y producto de una fuerte influencia religiosa colonial. Las penas buscan expiar al transgresor con las normas comunales y la obediencia a las normas morales existentes en la comunidad (Regalado: 2012, 106).

El concepto de justicia restaurativa trasciende más allá de aspectos puramente normativos y legales, este tipo de justicia propende por involucrar en su desarrollo aspectos antropológicos, sociales y psicológicos. En ella confluyen diferentes actores donde las víctimas, el infractor y la comunidad se interrelacionan en la reconstrucción del tejido social. Dicho modelo como se enunció propende por considerar la reparación del daño causado a las personas y a las relaciones sociales, más que castigar a los perpetradores. La justicia restaurativa surgió en la década de los años 70 como una forma de mediación entre víctimas y victimarios, pasando a la década de los años 90, en donde amplió su alcance para incluir también a las comunidades de apoyo, familiares y amigos de las víctimas y los perpetradores en procedimientos de colaboración denominados “reuniones de restauración” y “círculos”. Dicho enfoque pretendía perfeccionar la cohesión social en comunidades cada vez más indiferentes con las víctimas. La justicia reparadora, debe ser entendida como un proceso donde las partes de un conflicto originado por la comisión de un delito, solucionan colectivamente la situación, tratando las consecuencias del mismo y sus implicaciones para el futuro. En ese proceso participan necesariamente: las víctimas, los victimarios y la comunidad.

De esta forma este modelo de justicia representa un tipo de justicia comunitaria la cual se centra en el carácter social del delito, propendiendo por la restauración del lazo social deteriorado por la acción criminal en un proceso que lleve a lo que denomina la doctrina como

La reconciliación, reparación y perdón entre la víctima y el infractor, con la mediación de la comunidad. A diferencia del modelo penal no busca el castigo y el encierro del infractor, sino que busca reparar el daño y rehabilitar al delincuente. Hoy en día se perfila como una alternativa bastante interesante frente a la crisis de la Justicia en Colombia (Ordóñez & Brito: 2004, 230).

En este mismo sentido Ordóñez y Brito, señalan que:

El modelo que conocemos como Justicia Retributiva (que se sirve del Régimen Penal) no ha sido plenamente exitoso. Sus propósitos de disminuir el delito mediante el temor al castigo y lograr la rehabilitación del delincuente con el recurso del encierro, no se han cumplido. Hoy en día asistimos impotentes a una creciente incapacidad del sistema penitenciario para condenar y rehabilitar a los delincuentes, además de constatar que la prisión no elimina las causas sociales del delito, y en vez de rehabilitar al infractor, lo cualifica en las formas más diversas, sofisticadas y perversas de la delincuencia.

Lo que estamos afirmando es que tanto las causas sociales del delito como las ideas que tienen las comunidades acerca de la Justicia, desbordan con creces el modelo racional-jurídico de la Constitución y solo pueden comprenderse atendiendo sus dimensiones culturales. Es aquí donde hay una significativa ventaja del modelo de Justicia Restaurativa, que como hemos dicho, solo logra sus propósitos una vez ha modificado las relaciones sociales injustas que han dado origen al delito. (Ordóñez & Brito: 2004, 230).

En cuanto al pluralismo jurídico, se trata del hecho de que coexistan una diversidad de normas en un mismo espacio geopolítico, si bien es cierto dentro de las Constituciones del S XIX, se estableció un orden de monismo jurídico, más adelante se dejará entrever el surgimiento de derechos de las comunidades indígenas, lo cuales establecieron a consideración otro tipo de justicias compuesta por las justicias propias.

El Pluralismo Jurídico es una teoría o una política que reconoce o admite la coexistencia de varios sistemas normativos dentro de un mismo espacio geopolítico, como señala Boaventura de Sousa Santos. Ello supone una política de reconocimiento de sistemas normativos de pueblos o colectivos, diferentes al Estado, con sus propias fuentes de producción de normas, valores, instituciones y procedimientos.

Las políticas de reconocimiento, sin embargo, no son iguales. En era Colonial se dio una política de reconocimiento de carácter limitado o subordinado y, en la actualidad, las organizaciones indígenas demandan una política de pluralismo jurídico igualitario. (Fajardo: 2017: 21)

Para el caso colombiano, la Constitución Política de 1991, reconoce en su artículo 1º, el pluralismo jurídico como principio fundamental, esta convirtió en un hito al establecer diversas construcciones culturales, sus idiomas o dialectos, acompañados de sus cosmovisiones y territorios indígenas. Registró la importancia del territorio de las comunidades indígenas y con mayor relevancia la posibilidad de que ejerzan funciones jurisdiccionales, en el sentido que;

(...) se reconocen la jurisdicción indígena (art. 246), sus autoridades y desarrollos jurídicos que estén de acuerdo con sus usos y costumbres, siempre y cuando no vulneren la Constitución Política y la ley. Si en el contexto social emergen muchos sistemas alternos, aparecen las siguientes preguntas: ¿El pluralismo jurídico en Colombia depende del sistema nacional o existe autónomamente? ¿Cuál es el grado de reconocimiento de la diversidad étnica y cultural? ¿El pluralismo jurídico es aparente¹⁹? En principio el pluralismo existe de una manera aparente y limitada. Sin embargo, la Corte Constitucional ha dictado sentencias hitos en donde reconoce el relativismo cultural y la importancia de la ponderación en cada caso concreto, llegando a afirmar la existencia de un pluralismo verdadero en clave de derechos humanos transculturales. El reconocimiento es un logro para la autonomía, el libre desarrollo de los grupos indígenas²⁰, el territorio indígena y la participación en sus planes de vida por parte de los pueblos indígenas (autoridades). Reivindica los derechos de los pueblos indígenas y reconoce su particularidad social y jurídica inherente a sus contextos. En varias sentencias a través de diferentes mecanismos ha analizado la complejidad del tema y ha reconocido la realidad (no una ficción) de los pueblos indígenas como sujeto concreto de derechos fundamentales²¹. (Gutiérrez: 2011, 85-105).

1.3 El derecho indígena propio frente al sistema de derecho penal occidental

Como se evidenció en líneas anteriores, el reconocimiento de los derechos indígenas se generó como resultado de diferentes luchas reivindicatorias, latentes hasta la actualidad, pese a lo anterior esa relación de los derechos indígenas con el sistema occidental de justicia ha variado determinantemente. Ávila Ordóñez, expuso cómo esa relación ha llevado a una categorización en tres instancias, a saber, el rechazo, la invisibilización y el reconocimiento. Estima que estas instancias de relacionamiento no se presentan de forma aislada, pues en muchos casos constituyen factores conjuntos de evolución.

El primer factor de relacionamiento que plantea Ávila Ordóñez, lo constituye lo que denomina como “el rechazo”, esta categoría parte de un supuesto de discriminación hacia un sistema que no se adapte al preexistente, el cual:

(...) se presenta básicamente durante la época de la Colonia, en donde coexistieron diversos sistemas jurídicos, uno propio para los colonizadores y otro para los “indios”, en virtud de una categorización que parte de criterios discriminatorios frente a los pueblos indígenas. De esta manera, cada uno conservó sus propias normas para la regulación de sus conflictos sociales, “en tanto no afectasen “la ley humana o divina”, el orden económico, político colonial ni la religión católica,” cuestión que, podría decirse, aún subsiste pero con distintos matices (Ávila Ordóñez: 2013, 946)

El segundo factor enunciado, es el que tiene que ver con la “invisibilización”, este presupuesto hace referencia a la imposición del sistema occidental como el dominante y oficial,

trayendo como consecuencia un monopolio en la regulación de las relaciones sociales, mediante la legitimación de este sistema como el único dotado del *ius puniendi*, en detrimento de las autoridades de los pueblo indígenas, de esta manera:

Esta etapa se presenta básicamente con la independencia de los Estados, cuando se estableció un sistema fundamentado en el monismo jurídico (teorías kelsenianas), en virtud del cual la costumbre solo se aplica supletoriamente a falta de la ley, siempre que no sea contraria a aquella. De esta manera, en el ámbito penal, el Estado se convierte en el único ente legítimo para el uso de la fuerza ante el cometimiento de conductas catalogadas, por dicho ente, como delitos (Ávila Ordóñez: 2013, 947)

El tercer factor de relacionamiento que plantea, lo constituye el “reconocimiento”, el cual como lo tratamos con anterioridad, encuentra su génesis en el año 1989, cuando la Conferencia General de la OIT aprobó el convenio 169 sobre los Pueblos Indígenas y Tribales, de esta forma, el convenio se instituye como la primer herramienta internacional para la protección de los Derechos Indígenas. En este sentido surge en diversas legislaciones el reconocimiento de estos derechos inherentes a las comunidades indígenas, dentro de los cuales se encuentran el establecimiento de funciones jurisdiccionales para el juzgamiento de sus comuneros, para el caso de Colombia el artículo 246 de la Constitución Política, del cual señala Ávila Ordóñez que:

De esta manera, dentro del régimen internacional de los derechos humanos se van configurando los derechos colectivos de los pueblos indígenas con la introducción de una visión que va más allá de la esencia individualista de la dignidad humana propia de la tradición occidental (Ávila Ordóñez: 2013, 947).

1.4 Medidas correctivas en la Jurisdicción Especial Indígena

Las medidas restauradoras resultan ser tan diferentes como comunidades indígenas existan, dentro de las más conocidas encontramos el látigo o cepo, el cual resulta una costumbre de la época colonial que, sin embargo, encuentra su inicios en raíces propiamente indígenas en cuanto al concepto de limpieza o sanación que conlleva.

Por ejemplo, en la nacionalidad Kichwa de la Sierra en Ecuador, el látigo representa la fuerza del rayo que limpia de la mala energía a la persona acusada del cometimiento de un delito, para que así recupere su buena energía y de esta manera se pueda reintegrar a la sociedad y por ende retorne la paz, el equilibrio y la armonía a la comunidad (Ávila Ordóñez: 2013, 961)

Dentro de las comunidades indígenas la medida de mayor repercusión la constituyen el hecho de ser expulsado o desterrado de la misma, lo que equivale la muerte simbólica del comunero, pues dicha pena acarrea que la comunidad de por hecho que el indígena no existe más. En Colombia el máximo Tribunal Constitucional estableció que esta no puede extenderse a los familiares inocentes del comunero, pues de lo contrario, resultaría desproporcionada y violatoria a tratados internacionales sobre derechos humanos.

En el mismo sentido la Corte estimó, que para las comunidades indígenas la expulsión de su comunero acarrea ruptura de tajo de su entorno cultural y la extinción de su filiación antropológica; sumado a ello la forzosa inserción en un marco cultural diferente supone la alteración radical de sus costumbres y su modo de vida, conllevando a la necesidad de interactuar en condiciones de inferioridad.

Finalmente estimó que la sanción no puede llegar a confinar al excluido de la comunidad a la convivencia en un entorno que le sea completamente ajeno o con el que no identifique ningún rasgo común, pues, en para la Corte resultaría intolerable que, tratándose de comunidades con tradiciones y usos muy arraigados, el comunero afectado se viera abocado a una vida en un mundo que le resulta por completo extraño

Otra de las medidas correctivas ejecutadas por parte de las comunidades indígenas al administrar justicia en Colombia, y en la cual nos centraremos en adelante, la constituye la pena privativa de la libertad, la cual por antonomasia como se vio, emerge como la principal salida para la represión del delito en el sistema occidental. Dicha pena que doctrinalmente no comparte el derecho indígena propio está siendo implementada por las comunidades ancestrales. Ávila Ordóñez, sostiene que las penas privativas de la libertad en estas comunidades tienen muy poca relevancia, entre otras, expone, porque dentro de las comunidades indígenas no existen construcciones destinadas para implantar dichas sanciones, y las casas comunales no resultan ser apropiadas para estos propósitos. Bajo estos presupuestos en la conclusión planteada por la tratadista la privación de la libertad del comunero no constituye una alternativa adecuada en el sistema de derecho propio, pues señala que en razón a sus costumbres y derecho propio, se establecen sanciones distintas conforme a su cosmovisión, la cual estima no deben ir dirigidas

hacia el castigo propiamente dicho, sino hacia el restablecimiento de la armonía y la paz social, al respecto Ávila Ordóñez estima en referencia a la cosmovisión comunitaria y la cohesión social que:

(...) la persona se vuelve tan dependiente del entorno social de su comunidad, que no tiene ninguna pretensión ni posibilidad de escapar del ámbito geográfico en que ha desarrollado toda su existencia.” Es más, la mayoría de pueblos indígenas desconfían de los sistemas penales estatales pues consideran a la cárcel como un mecanismo que aísla al individuo,⁹⁸ que genera rebeldía contra la sociedad, y finalmente termina excluyendo sin rehabilitar al sujeto que soporta de dicha pena.(Ávila Ordóñez: 2013, 966)

1.5 Sentencia T-208 De 2015 Corte Constitucional

En el marco del desarrollo de la sentencia T 208 de 2015, de la Corte Constitucional con ponencia de la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, estudió la acción de tutela promovida por los indígenas Eyder Imbajoa Tróchez, Arnulfo Tumbo Quintero, Valerio Poscúe Osnas y Orlando García Chamaco, contra el Ministerio de Justicia y del Derecho, el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de San Isidro de Popayán, y el Instituto Penitenciario y Carcelario INPEC.

Dentro de los hechos y pretensiones que señaló el proveído judicial se encuentra que los accionantes son indígenas condenados por sus propias autoridades y están reclusos en el EPAMSCAS Popayán.

Indican que presentaron varias peticiones ante las entidades accionadas⁵, en las cuales solicitan un patio exclusivo en el establecimiento carcelario, pues en el que se encuentran conviven con internos condenados por la jurisdicción ordinaria, donde constantemente son discriminados y se han presentado agresiones físicas en su contra. De las peticiones elevadas no han obtenido respuesta. En virtud de lo anterior solicitan que se les ubique en un patio especial del establecimiento carcelario, donde se respeten sus usos y costumbres (fs. 2 y 3 cd. inicial). (Corte Constitucional; Sentencia T-208 2015).

Sobre los indígenas accionantes, al requerimiento efectuado por la autoridad judicial en el trámite de la tutela, el Subdirector del EPAMSCAS Popayán señaló que:

⁵ Derechos de petición dirigidos al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Director General del INPEC el 24 de junio de 2013 y al Director del EPAMSCASPY el 27 de junio siguiente, todos con sello de “RECIBIDO” (fs. 6 y 7 cd.inicial).

Sobre los indígenas que se encuentran reclusos en ese establecimiento penitenciario destacó que pertenecen a resguardos distintos, lo cual conlleva a que la responsabilidad principal en la conservación de las tradiciones recaiga en la autoridad que profirió la condena, puesto que para el establecimiento penitenciario es imposible garantizar una atención diferenciada a un promedio de “cien reclusos” con culturas diversas (Subrayado propio) (Corte Constitucional; Sentencia T-208 2015).

Por su parte el Personero Municipal de Popayán, a efectos de la vinculación que se le efectuó dentro del mismo trámite, estimó en informe presentado respecto de la situación de los indígenas reclusos en el Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad de San Isidro, Popayán, del cual se resalta lo siguiente:

(i) En la actualidad se encuentran reclusos en el pabellón número uno, 82 internos pertenecientes a diferentes comunidades indígenas y condenados por la jurisdicción penal indígena, quienes comparten dicho patio con “ex funcionarios públicos, comunidad LGBTI, internos discapacitados y de la tercera edad.”

(ii) Los condenados por los Cabildos Indígenas no tienen derecho a redimir las penas impuestas.

(iii) Los comuneros condenados son visitados por sus gobernadores o por sus familiares “muy esporádicamente, ya que se pudo verificar que hay indígenas que no reciben desde hace mucho tiempo visita alguna, y ninguna clase de apoyo económico ni asistencia jurídica.”

(iv) Se verificó que la cárcel no cuenta con espacios abiertos para que los comuneros se dediquen a actividades agrícolas, por lo que el pabellón en el que se encuentran “no ofrece condiciones de tipo especial para garantizar que los indígenas conserven sus usos y costumbres, debiéndose acopiar a un régimen y reglamento interno del establecimiento penitenciario, que por ser de alta seguridad, tiene muchas restricciones.”

(v) En cuanto a la tenencia de elementos como “ruanas, anacos, sombreros, bebidas tradicionales fermentadas. Tabaco, hoja de coca... que son de mucha necesidad para ellos, para realizar rituales de limpieza y para su medicina tradicional... siempre reciben respuesta que esto lo restringe el reglamento del Centro Carcelario.”

(vi) En el área social los comuneros son vinculados a actividades de pintura y manualidades, pero “no es común que dicha población quiera participar en talleres de esa índole, por tal motivo los internos solicitan que se les entregue materiales como cuadernos, pinturas, papel bond, lápices, lapiceros y colores, de los cuales según los internos indígenas no tienen ningún fin específico con este material, sino que les sirve para intercambios con otros elementos de otros compañeros, o en algunos casos por favores personales, para satisfacer sus necesidades.” (Corte Constitucional; Sentencia T-208 2015).

En inspección judicial practicada en las instalaciones del EPAMSCAS Popayán, se llevó a cabo la recepción de la declaración del indígena Arnulfo Tumbo Quintero del Resguardo Indígena de Cohetando, en dicha diligencia el indígena señaló que:

chachos atacaron a mi hermano, y yo por eso reaccioné y por eso hubo una víctima y por eso estoy acá condenado. // No sé por qué estoy en una cárcel porque allá hay muchos casos similares al mío y han pagado un año, veinte meses, se los han llevado y han trabajado en el resguardo. //

Yo por lo menos ya voy a completar cinco años físicos, ni nos visitan, no tenemos acceso a llamar a la familia, vivimos botados en realidad. // Tenemos una lucha personal que es volver a salir, y vivimos aceptando el error pero queremos volver. Quisiera una oportunidad, le he mandado mensajes al gobernador y no me ha respondido. // De lo que yo llevo le he escrito como tres veces, no muy seguidas, porque yo le he mandado y no me responde, no sé si es que no llegan, no sé en realidad, no he tenido información. // Lo único es que nos dijo que iban a estar pendientes de nosotros y nos iban a colaborar cada tres meses con útiles de aseo y cada seis meses con ropa. Nunca nos han dado una muda de ropa, lo que nos regalan por acá, vivimos con eso, no tenemos acceso para llamar a la familia a saludarla. // Dicen que tenemos un patio especial lo que nunca sucede, que vivimos en un patio solamente los indígenas, vivimos como en un lado de la alta sociedad, entonces somos de otra clase de personas, nos discriminan, a veces la misma guardia, por ser indígenas. // Ahí en el patio dan clases a los que tejen, pero a nosotros nadie nos ayuda, aprendemos ayudándole a uno, pero para uno desarrollar algo para uno, nunca. Nosotros estamos enseñados al campo, acá no tenemos nada (Subrayado propio) (Corte Constitucional; Sentencia T-208 2015).

Por su parte la Trabajadora social del EPAMSCAS Popayán, en la misma diligencia sostuvo que:

“Tenemos 96 internos por la justicia indígena y 36 indígenas por la ordinaria. ¿Qué nos pasa a nosotros con la población indígena? ellos llegan acá, traen el señor comunero y el doctor los recibe, hacen un acta en la que se comprometen a cumplir con una serie de cosas como acercamiento familiar, útiles de aseo, ropa, incluso hacen actas para que no pierdan usos y costumbres, que implicaría que si ellos vienen acá y nos dicen queremos traer un médico tradicional, se podría llegar a un acuerdo, pero lo único con lo que si contamos es que los dejan y los abandonan. // Es muy contadito el cabildo que está pendiente de sus comuneros; puedo decirle por ejemplo Guambia y Coconuco están muy pendientes. Hay cabildos como el de Aponte Nariño que tiene acá dos comuneros, son de muy lejos, se gastan 12 horas en llegar hasta acá, los costos son muy altos y son comunidades pobres por lo tanto vienen muy esporádicamente pero vienen, yo trato de ser muy condescendiente con ellos, les doy mi número pero me llaman muy poco. // Orlando García se liberó y se pudo llevar a su comunidad, producto de una huelga de hambre que hubo hace como un año, dijeron que por favor ellos hasta la muerte o los sacaban de aquí. El CRIC participó y un abogado del CRIC hizo todo lo que estuvo a su alcance para que se lo llevaran y efectivamente se lo llevaron. // Los internos están en un completo abandono, no tienen visitas familiares, no tienen útiles de aseo ni ropa más allá de los que aquí se les pueda dar. Yo siempre les digo que la asamblea los condenó por ejemplo a 5 años, pero tienen derecho a ver si en al siguiente asamblea ese tema jurídico se tuvo en cuenta y si le vamos a rebajar condena o lo vamos a llevar a la comunidad, ellos jurídicamente se quedan sin saber nada, es abandono, desamparo total.” (Subrayado propio). (Corte Constitucional; Sentencia T-208 2015).

A su vez, la Sala solicitó al Director del EPAMSCAS Popayán un informe detallado en el que resolviera entre otros, dos interrogantes de completa relevancia para el desarrollo de este trabajo, a saber, (i) cuántos indígenas se encuentran reclusos actualmente en ese establecimiento, especificando cuántos han sido juzgados por la jurisdicción especial indígena y por la Ordinaria, (ii) cuántos indígenas se encuentran reclusos en el Pabellón N° 1, (iii) qué visitas han recibido los demandantes Eyder Imbajoa Trochez, Arnulfo Tumbo Quintero, Valerio Poscue Osnas y Orlando

García Chamaco desde el inicio del periodo de reclusión, con la fecha y el nombre de la persona que los visitó, entre otras.

10. Mediante oficio del 13 de noviembre de 2014, el Director del EPAMSCASPY informó que actualmente el establecimiento penitenciario registra 71 internos condenados por jurisdicción especial indígena, los cuales se encuentran ubicados en el pabellón N° 1. A su vez, mencionó que según el censo del área de reinserción social, figuran 36 internos indígenas condenados por jurisdicción ordinaria, que habitan otros patios diferentes al pabellón N° 1 (folio 47 cd. 1 Corte).

(...)

También adjuntó un reporte general de visitas a los internos, en el que se observa lo siguiente:

El comunero Eider Imbajoa Trochez, entre el 24 de diciembre de 2008 y el 11 de noviembre de 2014 cuenta con 55 registros, los cuales corresponden a visitas realizadas por su hermano, su cónyuge y su progenitora (folios 75 y 76 ib.).

Específicamente entre el 1º de enero y el 11 de noviembre de 2014 recibió las siguientes visitas:

Visitante	Fecha de ingreso
Amiga	3/08/14
Madre	29/06/14
Madre	16/03/14
Madre	26/01/14
Hermana	26/01/14

El comunero Arnulfo Tumbo Quintero entre el 27 de agosto de 2010 y el 11 de noviembre de 2014 tiene un registro de 26 visitas. Específicamente recibió entre el 1º de enero y el 11 de noviembre de 2014 las siguientes (folio 78 ib.):

Visitante	Fecha de ingreso
Padre	5/7/14
Madre	4/7/14
Amiga	5/1/14

El interno Valerio Poscue Osnas entre el 23 de diciembre de 2008 y el 11 de noviembre de 2014 registra 17 visitas. Durante el 2014 recibió solamente una (folio 79 ib.):

Visita de su cónyuge	7/9/14
----------------------	--------

(Corte Constitucional; Sentencia T-208 2015).

Como se pudo evidenciar en el informe rendido por parte del Director del EPAMSCAS Popayán, no se registra visita alguna por parte de la comunidad indígena que profirió la condena en contra de los tres comuneros demandantes dentro de la acción constitucional, lo cual denota un abandono por parte de las comunidades tal como lo señalan los mismos internos y la trabajadora social del establecimiento, en consecuencia luego del análisis efectuado por la Corte Constitucional respecto de la vulneración de los Derechos de los indígenas, estimó que:

41. Ante la inexistencia de un marco normativo, es necesario primeramente, exhortar al Congreso y al gobierno para que adopten todas las medidas necesarias para expedir las normas pertinentes para articular la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena. Así mismo, es necesario exhortar al gobierno para que provea el apoyo necesario para permitirles a las autoridades indígenas el desarrollo de las capacidades necesarias para el ejercicio de la jurisdicción especial, conforme lo establece el artículo 97 del Decreto 1953 de 2014.

Sin embargo, el deber del Estado de garantizar la función resocializadora de la pena proviene de tratados de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad. En esa medida, el Estado está obligado constitucionalmente a garantizarla aun en ausencia de una disposición que regule la articulación de las jurisdicciones. Por lo tanto, es necesario que las autoridades indígenas y el INPEC dispongan las medidas necesarias para definir las respectivas responsabilidades en materia de la resocialización étnicamente diferenciada. En aras de garantizar la resocialización étnicamente diferenciada de los indígenas que hoy cumplen penas impuestas por sus autoridades en cárceles ordinarias, es necesario definir con claridad cuál es el alcance de las obligaciones del INPEC y de las autoridades indígenas, hasta tanto se expida una ley que articule las jurisdicciones. Por lo tanto, para mantener a los indígenas condenados por la jurisdicción especial recluidos dentro de los establecimientos carcelarios es indispensable que el INPEC suscriba convenios de cooperación, donde se establezcan los compromisos específicos encaminados a lograr los fines de la pena que ellos mismos impusieron.

42. Ahora bien, la resocialización étnicamente diferenciada supone abordar el tema de las posibilidades de redención de las penas impuestas por la jurisdicción especial indígena. En dichas comunidades, la pena también tiene una finalidad reparadora, en la medida en que con la imposición de la misma se busca restablecer el equilibrio y la armonía, tanto de la comunidad y de la víctima, como del indígena sancionado. Además, el sistema sancionador de las comunidades involucradas en el presente asunto comprende el otorgamiento de rebajas de pena para los indígenas que son enviados a cumplir las condenas en las cárceles del sistema ordinario.

No obstante lo anterior, durante la inspección judicial realizada en las instalaciones del CRIC, los Gobernadores de los resguardos indígenas le confirmaron a la Corte que en su sistema jurídico existen condenas abiertas y cerradas. Las condenas abiertas son aquellas que contemplan mecanismos para su redención, pero en las cerradas no procede ningún beneficio. Este último es el caso del comunero Eyder Imbajoa Trochez, quien fue condenado a una pena de 60 años, la cual corresponde a la pena máxima aplicable en Colombia⁶, sin que tal comunero tenga derecho a redimir siquiera una parte mínima de su pena, tal y como lo indicó el Gobernador del Resguardo Munchique los Tigres al cual éste pertenece.

En este punto debe precisarse que la redención de la pena es un elemento importante en la etapa de ejecución de la pena privativa de la libertad en un sistema que privilegia como fin la resocialización de los internos. Mediante ese instrumento, los reclusos se ven motivados a tener

⁶ Inciso 2° del artículo 31 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 1° de la Ley 890 de 2004, según el cual “en ningún caso, en los eventos de concurso, la pena privativa de la libertad podrá exceder de sesenta (60) años.”

un buen comportamiento durante su reclusión y a realizar jornadas de trabajo y estudio, para recibir en contraprestación un abono de pena adicional, con el que pueden reducir el tiempo efectivo de privación de la libertad. Además, la importancia de la redención de la pena no apunta únicamente a brindar la esperanza del interno de reducir el tiempo de su reclusión, sino también a la posibilidad de garantizarle que el cumplimiento de la condena se realizará dentro de los límites de la dignidad humana.

Para la Corte la imposición de la pena no supone reparo alguno, y las autoridades del resguardo tienen amplia autonomía para determinar el quantum de la pena de acuerdo con los criterios que ellos mismos determinen. Por otra parte, tampoco tiene la Corte ningún reparo en relación con la imposición de penas cerradas que no contemplen la posibilidad de redención, siempre y cuando la sanción sea razonable y proporcionada. La imposición de una pena que no esté sujeta a redención por parte de las autoridades que ejercen la jurisdicción especial indígena es perfectamente posible dentro de nuestro sistema constitucional. Sin embargo, en la práctica, la imposición de una pena de sesenta años a una persona de 37 años de edad, excluyendo de entrada la posibilidad de redimir una parte de la pena, atenta de manera grave contra la dignidad de la persona humana.

Una condena de 60 años impuesta por la jurisdicción especial indígena que no contemple un proceso de resocialización atenta contra el artículo 34 de la Constitución Política⁷, que prohíbe la pena de prisión perpetua, y elude la obligación de “adoptar los mecanismos que permitan su redención, de manera que el alejamiento cumpla la función de reconciliar al infractor consigo mismo y con la comunidad a la que defraudó, y no se presente como una simple y odiosa retaliación”⁸.

Lo expuesto es razón suficiente para concluir que constitucionalmente está permitido que la jurisdicción especial indígena imponga a sus miembros condenas penales cerradas. No obstante, las citadas particularidades del caso del señor Imbajoa Trochez, relacionadas con la (i) privación de la libertad en un establecimiento penitenciario ordinario, (ii) sus 37 años edad, y (iii) la aplicación de la pena máxima del ordenamiento jurídico colombiano, conducen a regular su imposición para el caso concreto, y así garantizar sus derechos la dignidad humana y a la integridad étnica y cultural. (Subrayado propio) (Corte Constitucional; Sentencia T-208 2015).

2. SITUACIÓN DE INDÍGENAS PRIVADOS DE LA LIBERTAD EN ESTABLECIMIENTOS CARCELARIOS EN COLOMBIA EN CONDICIÓN DE “PATIO PRESTADO” O “GUARDADOS”

En el año 2005, en las diligencias efectuadas por parte de la Corte Constitucional dentro de la tutela interpuesta por parte del comunero Daniel Corpus Chilito en condición de “guardado” en contra del cabildo indígena de Pioyá y la Aguada San Antonio en el Municipio de Caldono, Cauca, el organismo constitucional vinculó al Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC) a fin de que ejerciera su derecho de defensa ante las pretensiones del accionante. Según oficio remitido el CRIC

⁷ Artículo 34. “Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro público o con grave deterioro de la moral social.”

⁸ Cfr. T-048 de 2002 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

la aplicación de penas privativas de la libertad por parte de los cabildos indígenas surgió en 1999, cuando una junta directiva de esta organización planteó la necesidad de establecer acuerdos o convenios con el Instituto Nacional Penitenciario INPEC, de lo anterior:

Se explica en el requerimiento que la reclusión de indígenas en centros penitenciarios por orden de los cabildos se convirtió en un uso adoptado por la comisión de conductas que afectaren gravemente el orden social y cultural. Se aclara que esta imposición solo procede en casos en los que el infractor de las normas comunitarias no pudiese ser objeto de las penas tradicionales tales como el cepo, el juete o el destierro.

En dicho oficio se informa a la Corte que para esa fecha del 2005, varios cabildos de las diferentes zonas que conforman el CRIC han hecho uso de dicha medida; es el caso de los resguardos de Belarcázar, Aviarama, Kokonuko, Corinto López Adentro, La Laguna, y Pioya. Es de precisar que el primer caso que se presentó fue como consecuencia del asesinato del Ne'j we'sx o Gobernador de Belarcázar por los hermanos Quintero. Estos están reclusos en el centro penitenciario de San Isidro de Popayán" (Granda Abella: 2011, 56).

Dentro del informe titulado "Situación de Indígenas Privados de libertad en Establecimientos Carcelarios: Propuestas para un Pluralismo Igualitario" elaborado en el marco del proyecto de Apoyo Institucional al Sistema Penal en Colombia FORSISPEN, financiado por la Unión Europea, y a partir de la alianza realizada entre el Centro de Investigación en Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia y la Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit, GIZ, que implementa la Asistencia Técnica Internacional al proyecto de política criminal y penitenciaria, esboza la situación de miembros de las comunidades indígenas que se encuentran reclusos en establecimientos penitenciarios, enuncia que de los "120.736 reclusos en Establecimientos de Reclusión de Orden Nacional (ERON), en enero de 2016, los 984 reclusos que son identificados como indígenas representan el 0,8% de la población"⁹ (Medina Villareal: 2016, 5).

Señala el documento que a pesar de no ser una cifra significativa, las repercusiones que conllevan al encarcelamiento de comuneros de las diferentes pueblos indígenas resulta altamente problemática, pues señala el autor que la Corte Constitucional ha puesto sus ojos en diferentes problemáticas de los comuneros en esta condición, a saber, "violación de derechos humanos, el hacinamiento y la ausencia de procesos resocializadores contribuyen determinadamente al

⁹ En el Informe Estadístico Enero 2016 realizado por el INPEC se refieren a este grupo poblacional como reclusos que manifiesta una condición excepcional relacionada con su etnia.

debilitamiento de la identidad indígena, sus prácticas culturales y sus mecanismos propios de resolución de conflictos” (Medina Villareal: 2016, 5).

Expone finalmente, respecto de las problemáticas de los comuneros el investigador Medina Villareal que:

La población indígena privada de libertad en centros penitenciarios del Estado se encuentra inmersa dentro de una problemática más amplia, denominada por la Corte Constitucional como el Estado de Cosas Inconstitucional del Sistema Penitenciario¹¹, en la cual la violación de derechos humanos, el hacinamiento¹² y la ausencia de procesos resocializadores contribuyen determinadamente al debilitamiento de la identidad cultural propia de los pueblos indígenas, sus prácticas culturales y sus mecanismos propios de resolución de conflictos que se encuentran reconocidos y amparados constitucionalmente (Art. 7 y 246 de la Constitución Política de 1991). (Medina Villareal: 2016, 9).

2.1 Presentación de caso de tres internos puestos en el EPAMSCAS de Popayán y condenados por parte de la JEI

Antecedentes del estudio de caso:

Por intermedio de la coordinación de la Maestría en Derechos Humanos y Cultura de Paz de la Universidad Javeriana de Cali, se remitió oficio dirigido al Coronel (R) Darío Antonio Balen Trujillo, Director del Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad y Carcelario de Alta Seguridad de Popayán – Cauca (en adelante EPAMSCASPY), con el propósito de solicitar la autorización para la elaboración de entrevistas a internos recluidos en este establecimiento penitenciario que hubieran sido condenados por parte de la Jurisdicción Especial Indígena, y puestos en dicho centro bajo la modalidad conocida como “patio prestado” o en calidad de “guardados”.

Se especificó en dicha solicitud que la intención del encuentro, consistía en avanzar en el desarrollo de la investigación titulada “Poder Sancionatorio de la Jurisdicción Especial Indígena y Derechos Humanos”, que se adelantaba de mi parte y que la información que fuera recaudada tenía exclusivamente fines académicos.

En dicha misiva se expresó en igual sentido, que la identidad de los participantes de la investigación se tomaría como confidencial, evitando así que se vieran afectadas las funciones de los directivos del establecimiento y la integridad de los propios internos, en ese orden de ideas se firmaron consentimientos informados, adicional a las autorizaciones para las correspondientes entrevistas.

Finalmente, se enunció que la investigación podía contribuir a fortalecer los procesos orientados hacia la garantía de los derechos humanos de los internos de la reclusión y que de considerarlo útil los resultados y el desarrollo de la totalidad de la investigación sería socializada con la entidad.

A dicho requerimiento, se encontró respuesta positiva por el Director del establecimiento penitenciario, por lo que en el mes de mayo de 2019 me desplace a la ciudad de Popayán – Cauca, específicamente hacia el EPAMSCASPY, en donde luego de la reunión con el directivo, se me informó que debía ser autorizado por cada uno de los internos, quienes absolverían las preguntas a realizar, por lo que con apoyo del personal del centro se consiguieron las correspondientes autorizaciones.

Una vez efectuado lo anterior, se logró el contacto con tres internos reclusos en el EPAMSCASPY, condenados a la luz de la Jurisdicción Especial Indígena por parte de sus propias comunidades, y asignados en ese establecimiento penitenciario en calidad de “guardados” o en “patio prestado”, quienes contaron sus experiencias para el desarrollo de la presente investigación.

Propósito del estudio de caso:

El propósito del caso, consiste en el estudio del ejercicio y cumplimiento del poder sancionatorio por parte de las autoridades tradicionales al administrar justicia en nombre de la Jurisdicción Especial Indígena en Colombia, mediante las experiencias vividas por el grupo de internos a los que se les practicarían las entrevistas y que han sido reclusos en el EPAMSCASPY en modalidad de “guardados” o en “patio prestado”.

Preguntas de reflexión para el estudio del caso:

¿Cómo el ejercicio y cumplimiento de las medidas sancionatorias de privación de la libertad en la Jurisdicción Especial Indígena, ha configurado una violación a los derechos humanos de los comuneros condenados y asignados en el EPAMSCAS de Popayán – Cauca, en el marco del Estado Social de Derecho Colombiano a partir de la Constitución Política de 1991?

¿Se está respetando la dignidad humana de los comuneros condenados a la luz de la Jurisdicción Especial Indígena en Colombia, y que son puestos en establecimientos de reclusión fuera de sus territorios?

¿Estos internos han sido abandonados por sus comunidades indígenas?

¿Están perdiendo los comuneros asignados en establecimiento de reclusión su cosmovisión y por ende su identidad indígena?

Unidad de análisis para el estudio del caso:

La unidad de análisis está compuesta por el grupo de tres internos del EPAMSCASPY, los cuales han sido condenados por su justicia propia, y puestos en calidad de “guardados” o “patio prestado”.

Métodos e instrumentos de recolección de la información para el estudio de caso:

Como instrumento de recolección de información, se acudió al uso de métodos cualitativos con énfasis en comprender las perspectivas de los actores directamente involucrados. Se partió de un mapeo de estos actores, pues se indagó de manera externa en otros establecimientos de reclusión del Departamento del Valle del Cauca, sin que en algunos casos se obtuviera respuesta, o en otros casos por información externa se manifestara que no contaban con internos condenados por justicia propia. Una vez se contó con la información que en el EPAMSCASPY existían este tipo de población carcelaria, y con el aval de la coordinación de la Maestría y la Dirección del

Establecimiento se efectuaron entrevistas semiestructuradas a los internos, con el propósito de extraer sus vivencias, sentir y pensar respecto de su situación jurídica.

Métodos de análisis de la información para el estudio de caso:

La información recolectada se analizó con base en un conjunto de categorías definidas por las preguntas del caso. De esta forma se identificaron patrones significativos que se revisaron nuevamente a la luz de la evidencia. Las conclusiones fueron tomando forma con los patrones que iban surgiendo de este análisis.

Presentación del estudio de caso:

La Jurisdicción Especial Indígena en Colombia surge como resultado del establecimiento de nuestro ordenamiento constitucional en un Estado Social de Derecho. Dicho reconocimiento ha sido producto de diferentes luchas por la reivindicación de derechos, tal es el caso de las comunidades indígenas, las cuales dada su participación activa dentro de la Asamblea Nacional Constituyente, que generaría la Constitución Política de Colombia del año 1991, alcanzaron el establecimiento del pluralismo jurídico en Colombia. Es decir la declaración que dentro del ordenamiento Constitucional existe otra forma para impartir justicia que la tradicional compuesta por el *ius puniendi* del Estado. Con el artículo 246 superior dichas autoridades indígenas cuentan con autonomía para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos.

Dicha autonomía, se encuentra supeditada al cumplimiento de las leyes de la República y al contenido de la propia Constitución, en este sentido los fundamentos constitucionales cobran gran relevancia, tal es el caso de la dignidad humana, establecida desde el propio artículo primero superior, el cual señala que “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”. Con lo anterior resulta preciso señalar que todas las actuaciones desarrolladas por parte de las diferentes autoridades al

impartir justicia, dentro de los cuales encontramos a las autoridades indígenas, deben respetar las garantías que la Carta Magna ha establecido como fundamentos.

Dentro de las medidas correctivas estimadas por el derecho indígena propio encontramos la medida de la pérdida de la libertad, la cual por excelencia, se constituye como la principal salida para la represión del delito en el sistema occidental, Ávila Ordóñez, sostiene que las penas privativas de la libertad en estas comunidades tienen muy poca relevancia, y no constituye una alternativa adecuada, pues de acuerdo a sus usos y costumbres, se establecen sanciones conforme a su cosmovisión, encaminadas a reestablecer la armonización a la comunidad.

Pese a lo expuesto, resulta cada vez más frecuente que las autoridades indígenas adopten prácticas propias de la justicia retributiva, la anterior acotación encuentra fundamento en el hecho que los pueblos ancestrales condenan a sus comuneros a penas privativas de la libertad fuera de su territorio, penas equiparable con el destierro, pues optan por enviar a sus coterráneos a establecimientos de reclusión propios de la justicia ordinaria, privándolos de acompañamiento y seguimiento alguno. Lo anterior puede ser evidenciado en el caso que se desarrolla en esta investigación.

2.2 Narración del estudio de caso

Para el desarrollo de este aparte, se efectuaron entrevistas a tres internos condenados por parte de la Jurisdicción Especial Indígena, de los cuales en protección a su derecho a la intimidad, se modificará sus nombres siendo los casos de Luis, Santiago y Pedro.

Luis es un indígena del Resguardo Nasa, Río Negro - Iquira (Huila), condenado por su propia comunidad por el delito de homicidio, al que le fue impuesta una pena de cincuenta (50) años de prisión. La comunidad indígena de Luis decidió internarlo en el EPAMSCAS Popayán en calidad de “guardado” bajo la modalidad de “patio prestado”, al indagar sobre la relación de Luis con su comunidad, este adujo que en el momento “tenía una buena relación con la gente del resguardo” por el número de visitas que le han efectuado señaló que “las visitas que me realizan las hacen más o menos tres veces al año” sobre en que han consistido esas visitas, este señala que “solo lo vienen

a uno a visitar y le ayudan económicamente” se le indago si ese tipo de visitas contenían asesoría de tipo jurídico o si estaban encaminadas a labores que permitieran que Luis no perdiera su vínculo con la comunidad indígena a la que pertenece a lo que manifestó “solo lo visitan a uno a ver cómo está pero nada de eso que usted dice” al indagar a Luis respecto si conoce el derecho de redención de pena consagrado en la legislación colombiana, este rotundamente sostuvo “ no sé nada de eso, a uno por ser indígena no le corresponde nada de eso, eso es para otra gente condenada por la ordinaria” si sobre la comunidad indígena ha redimido tiempo de su condena, nuevamente de manera contundente señalo que “no, nada de eso”.

Siguiendo con la situación de Luis, se le preguntó sobre las actividades que desempeñaba al interior del Establecimiento de Reclusión a lo que respondió “en el tiempo que llevo encerrado me desempeño en áreas educativas y tejidos y telares” de esas actividades se le indago a Luis si representaban su cosmovisión indígena y cultural, la respuesta de Luis fue “pues a veces puede decirse que en telares un poco, más sin embargo no del todo, acá encerrado es muy difícil que uno pueda hacer cosas que lo identifiquen a uno como indígena”, al indagar sobre si a juicio de Luis las autoridades indígenas eran autoritarias en el ejercicio del poder sancionatorio, sostuvo que “Si, porque al aplicar justicia se exceden, condenan a lo bruto, sin medir nada y encerrándolo a uno en estas cuatro paredes dejándolo acá” sobre si para Luis los líderes de su comunidad indígena lo habían olvidado al ponerlo en una cárcel del estado en calidad de guardado, señalo tajantemente que “Si, solamente se preocupan de uno por medio ayudarle económicamente y cuando necesitan de algo en lo político, de resto no lo dejan a uno acá ellos ni enterados de nada, solo cuando les conviene”, se indago con Luis en igual sentido si en su criterio estaba perdiendo su identidad indígena “sí, claro como le digo a uno acá encerrado no lo dejan hacer nada que nos represente como indígenas que somos, va perdiendo uno como las tradiciones me entiende”. Finalmente se le indago a Luis sobre sus sentimientos respecto a la comunidad indígena que lo condeno, señalando que “falta acompañamiento en el seguimiento en los procesos de resocialización, como le decía antes a uno lo dejan tirado acá y ya, eso en serio no es justo” (Luis, 2019).

En segundo lugar, nos encontramos con el caso de Santiago indígena del resguardo de Tacueyó – Municipio de Toribío en el Departamento del Cauca condenado por parte de su comunidad indígena por el delito de homicidio a 35 años de prisión, siendo trasladado al Establecimiento

Carcelario vigilado por en INPEC en la ciudad de Popayán, al indagar a Santiago por su relación con la comunidad que profirió su condena, la calificó como “media, ni buena ni mala”, al interrogarlo si su comunidad indígena lo había visitado y con qué frecuencia, respondió que “si, cada 3 o 6 meses en visitas de entrevista y muy de vez en cuando me traen útiles de aseo”, respecto de su conocimiento en cuanto al derecho de redención en la pena señaló que “es algo bueno porque ayuda a reducir la estadía en prisión”, si sobre le habían efectuado redenciones en su pena resalto que “muchas veces he intentado que me valgan este derecho, pero la verdad con la comunidad no se puede, no ha sido posible las condenas las paga uno físicas y sin derechos de nada”.

Por su parte Santiago manifestó que las actividades que realiza al interior del establecimiento son educativas, las cuales a su juicio “me ayudan a tener más conocimiento en diferentes temas” a la pregunta si creía que la autoridades indígenas resultaban autoritarias al ejercer poder manifestó que “a la comunidad indígena le falta mucho conocimiento para que puedan decir que son autónomos al 100%”, sobre si considera que abandonan a sus comuneros al internarlos en los centros de reclusión, argumento que “claro hay muchos casos que aquí se pueden visualizar donde la verdad los dejan tirados”, en igual sentido se preguntó si a su criterio estaba perdiendo su identidad como indígena, manifestando que “claro, porque aquí se mira muchas malas costumbres que no se miran en la comunidad”, finalmente al indagarle acerca de cómo se siente respecto de la comunidad indígena que profirió su condena arguyo que “ni mal ni bien, pero igual así me dejaran acá los respeto porque aunque no lo hagan con un buen conocimiento una comunidad los escogió”

Finalmente, Pedro pertenece a la comunidad indígena de Páez – Belalcázar, condenado por su comunidad tradicional por el conducta de homicidio, la pena que le fue impuesta consistió en 35 minutos de cepo, 27 latigazos y 60 años de cárcel, al indagársele por la relación con su comunidad indígena, este señaló que la misma “es muy mala, yo con ellos no tengo ninguna relación”, al preguntarle sobre si ha tenido acompañamiento por parte de la comunidad indígena que lo condenó, contestó rotundamente que “no, como le vengo diciendo no tengo ninguna relación con ellos, ellos no me han acompañado cumplieron con dejarme acá encerrado y ya no más”, respecto del conocimiento de Pedro acerca de la redención de la pena acoto “que es muy importante para redimir la pena impuesta a los que están condenados por la ordinaria pero los que estamos en

calidad de guardados no tenemos ese derecho aquí trabajamos y trabajamos pero para que si no redimimos pena”.

En consecuencia a la pregunta de si alguna vez le habían redimido condena la respuesta de Pedro fue un rotundo no, dentro de las actividades que desempeña al interior de la reclusión, el mismo sostuvo que se encarga de la manipulación de alimentos, como parte de las políticas de resocialización implementadas por el INPEC, al indagarle a Pedro si las actividades que desempeña como manipulador de alimentos representaban su cosmovisión indígena y su cultura el mismo señaló que “no, uno acá encerrado le toca hacer lo que le pongan o lo que esté disponible pero no representa a uno como indígena”, en referencia sí las autoridades indígenas resultan autoritarias al ejercer el poder , señaló que “si claro, míreme a mí la condena que me pusieron, y tras de todo lo dejan acá a uno”, en la misma línea con lo anterior acerca de si para Pedro su comunidad indígena se olvidó de el en el momento en que lo puso en calidad de “guardado” en el establecimiento del INPEC, señaló “Si, solamente es que uno pise la cárcel y hasta luego no vuelve a saber nada de nada de uno”, para Pedro esta situación está llevando a que pierda su identidad indígena, finalmente respecto de los sentimientos de Pedro hacia su comunidad ancestral que lo condeno, señaló que “como autoridad les falta acompañamiento en la resocialización del comunero, eso no es tirarlo aquí a uno a ver si cambia, deberían estar pendiente de uno, eso lo que hace es que uno se llene como de rabia”

CONCLUSIONES

De conformidad con los resultados obtenidos a lo largo de la presente investigación, es posible concluir respecto del ejercicio y cumplimiento de las medidas sancionatorias por parte de la Jurisdicción Especial Indígena en Colombia, en primer sentido que, pese a que se sostiene por parte del derecho indígena propio que la medida privativa de la libertad, no constituye una opción para el cumplimiento de los fines de las sanciones sanadoras desde su cosmovisión, pues los fundamentos de su sistema tienen como principio los postulados de la justicia restaurativa. De acuerdo con lo reseñado por la profesora Ávila Ordóñez, quien manifiesta que dichas penas privativas de la libertad cuentan con muy poca relevancia, se pudo evidenciar que este argumento carece de sustento, lo anterior en el entendido que cada vez resulta más frecuente que sus comuneros sean privados de la libertad fuera de sus territorios, siendo reclusos en calidad de “guardados” o “patio prestado” en establecimiento penitenciarios a cargo del INPEC.

Con lo visto dentro del presente trabajo y luego de caracterizar los elementos propios y los rasgos que identifican el reconocimiento Constitucional de la Jurisdicción Especial Indígena en el marco del Estado Social de Derecho en Colombia; se encontraron violaciones a dichos postulados en el entendido que los comuneros privados de la libertad son despojados de dichos presupuestos con base en la autonomía del derecho propio; de esta forma se les restringen derechos reconocidos por la propia Constitución y la leyes de la República, pues las comunidades que profieren las condenas resultan autoritarias, dado que estos deben purgar sus penas sin beneficio alguno, tal como el de redención de pena, el cual se constituye como un derecho por parte de la justicia ordinaria. En consecuencia ultrajan sus derechos a la igualdad y a la prohibición de que no existirán penas irredimibles.

En igual sentido, dentro del desarrollo y reconocimiento de los derechos humanos y la dignidad humana como parámetros en la aplicación de justicia y su repercusión en el derecho indígena propio. Otro de los puntos que se pusieron en evidencia lo representa el hecho de que los comuneros reclusos en dichos establecimientos están siendo olvidados, resulta claro como en el desarrollo del caso se hallaron patrones, que reseñan que las comunidades que profieren las condenas relegan a sus coterráneos al recluirllos en la cárcel, con lo que se puede asimilar dicha conducta con un destierro del indígena de su territorio, el cual no solo implica al condenado, si no

a su círculo familiar, quien pierde total contacto con el mismo. Trayendo como consecuencia una clara violación a sus derechos humanos y su propia dignidad.

Dentro del ejercicio y cumplimiento de las medidas correctivas por parte de las autoridades tradicionales al administrar justicia, y su relación con los fines de la pena pretendidos por la denominada justicia restaurativa encaminados a la armonización del grupo, se debe anotar que no están surtiendo efecto, lo anterior toda vez que, al retirar al infractor del medio en el que se desarrolló la conducta, se está privando a las víctimas de efectuar un adecuado proceso de restauración emocional del daño efectuado, impidiendo el restablecimiento del equilibrio social.

La Constitución Política de Colombia de 1991, instituyó el ordenamiento en un Estado social de derecho, en el que se expresó en su artículo 34 la prohibición de las penas de destierro y prisión perpetua, la anterior disposición constitucional de acuerdo con el caso planteado está siendo soslayada, toda vez que al recluir a indígenas fuera de los territorios que representan su identidad constituye sin dudas un destierro. En igual sentido los montos punitivos exorbitantes a los que son condenados los indígenas constituye para muchos una cadena perpetua.

Con todo lo anterior, resulta más que acertado estimar que las comunidades indígenas al sancionar a sus comuneros con penas privativas de la libertad que deben ser purgadas en establecimiento de la justicia ordinaria, están soslayando los derechos humanos de los mismo, lo anterior dado que desconocen su dignidad humana, al sustraerlos de ejecutar actividades que representan su cosmovisión y cultura propia, en suma condenándolos no solo a pagar una condenas que lo priva de su libertar, sino, a la pérdida de su identidad indígena.

Renunciar al remedio para la armonización consistente en la justicia restaurativa, para asumir el castigo aflictivo de la medida privativa de la libertad personal entendida como justicia retributiva, constituye abandonar principios fundantes de la cosmovisión indígena (derechos diferenciados propios) para conseguir una forma de convivencia occidentalizada, de tal suerte que el ejercicio y cumplimiento de la medida de privación de la libertad en la Jurisdicción Especial Indígena, está configurado una violación a los Derechos Humanos de los comuneros condenados y asignados en el EPAMSCAS de Popayán, dentro de los presupuestos del Estado Social de Derecho Colombiano a partir de la Constitución Política de Colombia de 1991

En fin, este trabajo ofrece luces sobre la situación vivida por parte de los comuneros condenados por parte de sus propias comunidades indígenas, y pretende poner en evidencia, entre otros, la violación de sus derechos humanos y la pérdida de su cosmovisión e identidad al interior de establecimiento de reclusión propios de la jurisdicción ordinaria. En particular resultaría pertinentes para futuras investigaciones estudiar la autonomía entregada a la Jurisdicción Especial Indígena en Colombia, versus la consagración de los derechos humanos de los comuneros en el marco del Estado social de derecho en Colombia.

BIBLIOGRAFIA

Doctrina.

Ávila Ordoñez, M. (2013). “*El Derecho Penal Indígena: Entre la diversidad y los Derechos Humanos*”. Quito.

Becerra Becerra, C. (2006) “*La jurisdicción especial indígena y el derecho penal en Colombia: Entre el pluralismo jurídico y la autonomía relativa*”. EL OTRO DERECHO, número 35. ILSA, Bogotá D.C.

Benitez, H. (1997). “*Jurisdicción Especial Indígena: implicaciones de su consagración constitucional*”. Bogotá D.C.

Borda, L. (2007). “*Estado de derecho y Estado social de derecho*”. Revista Derecho del Estado No. 20, Bogotá D.C.

Borja Jiménez, E. (2009). *Derecho indígena, sistema penal y derechos humanos*. Nuevo Foro Penal 5, Valencia.

Comision Andina de Juristas. (2009). “*Estado de la Relación entre Justicia Indígena y Justicia Estatal en los Países Andinos*”. Lima.

Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. (2011). “*Fundamentos teóricos de los derechos humanos*”. México D.F.

Chacón Mata, A. (2015). “*El concepto de Dignidad Humana como Fundamento Axiológico y Ético de los Derechos Humanos*”. Revista Latinoamericana de Derechos Humanos. San José de Costa Rica.

De Zubiría Samper, A. (2016). “*Historia de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario*”. Corporación Ediciones Utopos. Bogotá D.C.

Fajardo, R. (2017). *¿Qué es el Pluralismo Jurídico igualitario?* Derecho y sociedad. Obtenido de <http://www.derechoysociedad.org/IIDS/Publicaciones/2017/ABC-5-pluralismo.pdf>

Ferrajoli, L. (2001). “*Los fundamentos de los Derechos Fundamentales*”. Trotta, Madrid.

Gómez Isaza, M. C. (2006). “*La historia del Estado Social de Derecho*”. Medellín .

Gómez Montañez, J. (2011). “*Estado Social de Derecho y Derechos Sociales Fundamentales . Academia y Derecho*” - Universidad Libre. Bogotá D.C.

- Guzmán , A. S. (2004). “*LOS RETOS DEL MULTICULTURALISMO Reflexiones sobre el pensamiento de Will Kymlicka*” Santiago de Chile .
- Gutiérrez, M. Q. (2011). “*Pluralismo jurídico y cultural en Colombia*” Derecho del Estado. Bogotá D.C.
- Granda Abella, M. (2011). *El “patio prestado” frente a los principios de la justicia restaurativa*” Criterio Libre Jurídico. Universidad Libre. Santiago de Cali.
- Habermas, J., & Rawls, J. (2000). *Debate sobre el liberalismo político*. Paidós. Barcelona.
- Landa, C (2002) *Dignidad de la persona humana*. Cuestiones constitucionales número 7, México D.F.
- Landwerlin, G. M. (1984). “*El Estado Social de Derecho: Forsthoff y Abendroth, dos interpretaciones teoricas para dos posiciones politicas*”. Revista de Estudios Politicos Nueva Epoca.
- Linares Quintana , S. (1970). “*Derecho constitucional e instituciones políticas*” Abeledo – Perrot, Buenos Aires.
- Medina Villareal, S. (2016). “*Situación de Indígenas privados de libertad en Establecimientos Carcelarios: Propuestas para un pluralismo igualitario*”. Bogotá D.C.
- Mendoza, G., Amaris, J. C., & Anchury, L. E. (2013). “*Una mirada a las regiones desde la Justicia Constitucional*” Universidad del Rosario. Bogotá D.C:
- Migliardi, M. D. (2011). “*Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos*”. Revista de Filosofía.Salamanca
- Mora Torres, D. (2003). “*Bases Conceptuales de la Jurisdicción Especial Indígena*”. Bogotá D.C.
- Naranjo Mesa , V (1997). *Teoría Constiucional e Instituciones Políticas*. Temis, Bogotá D.C.
- Ordoñez, J., & Brito, D. (2004). “*Justicia Restaurativa. Un modelo para construir comunidad*”. Criterio Jurídico, Santiago de Cali.
- Perafan. (1995).”*Sistemas Juridicos Indigenas*” ICAN, Bogotá D.C.
- Pérez Luño, A.E. (1995) *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Editorial Tecnos. Quinta edición, Madrid.
- Pérez Luño, A.E. (1983) *Revista de estudios políticos nueva época*. Número 35, Madrid
- Regalado, J. (2012). “*Elementos y Técnicas de Pluralismo Jurídico*”. México D.F.
- Rojas Birry, F. (1991). “*Los Derechos de los Grupos Etnicos*”. Bogotá D.C.

Sanchiz, R. (1993). *“Introducción al Estado Constitucional”*. Ariel, Barcelona

Zaffaroni, R. (2009). *“Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la Ley Penal”*. Quito.

Jurisprudencia.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 406 - 1992

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 208 - 2015

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 921 - 2013

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 349 - 1996

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 882 - 2011

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 097 - 2012

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 254 - 1994

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 881 – 2012

Entrevistas.

Luis. Interno EPAMSCAS Popayán, Entrevista mayo 2019.

Santiago. Interno EPAMSCAS Popayán, Entrevista mayo 2019.

Pedro. Interno EPAMSCAS Popayán, Entrevista mayo 2019.