

Fueros constitucionales y derecho penal: resocialización de indígenas en prisión

Christian Benítez-Núñez*

Angélica Patricia Noriega-Villamizar**

Ulises Patricio-Abarca***

Resumen

Tema y alcance: por medio del presente artículo se realiza una aproximación del estado actual de la resocialización, en lo que respecta a indígenas privados de la libertad en cárceles del Estado, así como al contenido y el sentido que debe orientar dicho fin de la pena. De igual forma, se aborda el alcance del poder jurisdiccional indígena, tema ampliamente discutido por la doctrina y la jurisprudencia en la que se verifica cómo superar la dicotomía del discurso, entre la protección de los derechos fundamentales liberales y la preservación y conservación de los pueblos indígenas, a fin de evitar su posterior desaparición. *Características:* al precisar que esta tensión se presenta por las diferentes costumbres y la cosmovisión de los pueblos indígenas frente a las costumbres occidentales. *Hallazgos:* además, el derecho penal como encargado de castigar las conductas que revisten características de delito, ha dispuesto toda una teoría sobre los fines de la pena que, de una u otra forma, ha sido asumida por las comunidades indígenas como una solución a los conflictos. *Conclusiones:* finalmente, se advierte sobre la importancia de dotar de contenido el concepto de resocialización étnicamente diferenciada, ya que este puede inducir a construir una teoría apropiada que permita a los indígenas en prisión contar con un plan de tratamiento adecuado y atender las diferencias estructurales que conlleva ello.

Palabra claves: derechos humanos, indígena, prisión, resocialización.

* Doctor (c) en Derecho, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México.
Correo electrónico:
christianbenitez@uaem.mx

** Magíster (c) en Derecho área de Profundización en Derecho Penal, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia.
Correo electrónico:
apnoriegav@unal.edu.co

*** Licenciado en Derecho, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México.
Correo electrónico:
upatt300@gmail.com

Recibido: 25 de febrero del 2017

Aprobado: 4 de abril del 2017

Cómo citar este artículo: Angélica Patricia Noriega-Villamizar y Ulises Patricio-Abarca. *Fueros constitucionales y derecho penal: resocialización de indígenas en prisión.* DXXI 26. Mayo 2017. Pág. 1. doi: <http://dx.doi.org/10.16925/di.v19i26.1961>

Constitutional Privileges and Criminal Law: Resocialization of Natives in Prison

Abstract

Theme and scope: This article approaches the current state of resocialization with regard to convicted natives in state prisons, as well as the contents and meaning that should guide the purpose of punishment. Moreover, the scope of indigenous jurisdictional power is addressed, which has been widely discussed in writings of jurists and the case law on how to overcome the dichotomy of the discourse between the protection of fundamental liberal rights and the preservation and conservation of native peoples to prevent their subsequent disappearance. *Characteristics:* Specifying that this tension occurs due to the customs and worldview of indigenous peoples compared to Western customs. *Findings:* The criminal law in charge of punishing behaviors that have the characteristics of a crime has provided a whole theory about the purposes of punishment that has been somehow adopted by indigenous communities as a solution to conflicts. *Conclusions:* The importance of providing the concept of ethnically differentiated resocialization with contents is advised since this can lead to constructing an appropriate theory that allows imprisoned natives to have an adequate treatment plan and to deal with the structural differences this entails.

Keywords: human rights, native, prison, resocialization.

Foros constitucionais e direito penal: ressocialização de indígenas em prisão

Resumo

Tema e alcance: por meio deste artigo, realiza-se uma aproximação do estado atual da ressocialização, no que se refere a indígenas privados da liberdade em prisões do Estado bem como ao conteúdo e ao sentido que devem orientar o fim da pena. Além disso, aborda-se o alcance do poder jurisdicional indígena, tema amplamente discutido pela doutrina e pela jurisprudência, na qual se verifica como superar a dicotomia do discurso entre a proteção dos direitos fundamentais liberais e a preservação e conservação dos povos indígenas a fim de evitar seu posterior desaparecimento. *Características:* essa tensão é apresentada pelos diferentes costumes e pela cosmovisão dos povos indígenas ante os costumes ocidentais. *Achados:* o direito penal, como encarregado de punir os comportamentos que revistem características de delito, tem disposto uma teoria sobre o fim da pena que, de uma ou outra forma, tem sido assumida pelas comunidades indígenas como uma solução para os conflitos. *Conclusões:* por último, adverte-se sobre a importância de dotar de conteúdo o conceito de ressocialização etnicamente diferenciada, já que ele pode induzir a construir uma teoria apropriada que permita aos indígenas em prisão contar com um plano de tratamento adequado e atender às diferenças estruturais que isso implica.

Palavras-chave: direitos humanos, indígena, prisão, ressocialização.

I. METODOLOGÍA

Para la realización de este artículo, se revisó distinta literatura que tuviera relación con dos temas fundamentales. El primero, la discusión actual de lo que se entiende por el fin resocializador de la pena en el derecho penal liberal, en cuanto a la construcción teórica del fin resocializador de la pena en la justicia indígena; y el segundo, la discusión sobre la admisión de la justicia indígena en el contexto colombiano. Asimismo, se revisaron sentencias de la Corte Constitucional, todas en sede de tutela, en razón a las características propias de la situación de la justicia indígena, en la que se ha dado un desarrollo jurisprudencial, mas no legal, por la ausencia de normas que regulen la jurisdicción indígena.

II. INTRODUCCIÓN

Los fines de la pena en el ordenamiento jurídico colombiano están descritos en el artículo 4 del Código Penal.¹ En el presente texto se va a estudiar, específicamente, el fin de la resocialización y su posible asimilación con respecto a los indígenas privados de la libertad. Si se tiene en cuenta que las cárceles colombianas albergan todo tipo de población, es necesario que se cuente con planes y acciones que respondan a las distintas necesidades culturales, lo cual permita afianzar las habilidades y las competencias de las personas privadas de la libertad. En este sentido, permitir e implementar el principio de enfoque diferencial es absolutamente imperioso en un país en que se presenta un alto grado de multiculturalidad.

Es preciso indicar que se tuvieron en cuenta las diferentes rutas mediante las cuales las prisiones estatales reciben a los indígenas, y se referenciaron las dos principales. Primordialmente, esto subyace como resultado de una decisión de carácter jurisdiccional proferida por un juez ordinario, o por una autoridad tradicional indígena. No obstante lo anterior, y con los inconvenientes que se han presentado en la delimitación de competencias, lo cierto es que impedir, bajo un esquema de resocialización, la participación activa de las comunidades indígenas, así como limitar las actividades de estudio, enseñanza y trabajo

1. Véase Código Penal Colombiano [CPC]. Ley 599 de 2000. Julio 24 de 2000 (Colombia): “Artículo 4.º Funciones de la pena. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión”.

a las de la sociedad mayoritaria, violaría principios fundamentales tales como la pertenencia étnica y el reconocimiento de la diferencia.

Sin embargo, el principio de enfoque diferencial debe ser aplicado sin excepción a todos los indígenas privados de la libertad, independientemente de si fue juzgado por la jurisdicción indígena u ordinaria. Esto en razón a que ese tipo de decisiones no implican que la persona pierda su fuero indígena, y mucho menos su cosmovisión y sus creencias, transmitidas durante su vida en la comunidad.

Igualmente, se evidencia una problemática particular en cuanto a las sanciones cerradas impuestas por las comunidades indígenas, en las cuales no se permite el acceso a mecanismos sustitutivos de la pena de prisión como redenciones de pena. La principal dificultad con este tipo de penas es que no obedecen a ejercicios razonables ni proporcionados del *quantum* punitivo, y lo que es aún más grave, este tipo de decisiones estarían disponiendo desde el comienzo el no acceso a la resocialización por parte del condenado, lo que concluiría que para determinadas comunidades la pena solo comporta un fin retributivo, de manera que la pena se agota a sí misma durante la prisión. Además, permitir este tipo de penas implica un menoscabo de la dignidad humana.

El artículo se divide en tres partes. En la primera parte, se realiza una aproximación de la discusión actual con respecto a la resocialización y su estado en el ordenamiento jurídico colombiano, y se resalta la gran importancia de acoger y asumir la presencia de este fin durante la fase de ejecución de la pena. La segunda trata sobre el alcance de la autonomía jurisdiccional indígena y las decisiones de la Corte Constitucional en torno a implementar límites a dicho poder. Finalmente, se aborda el principio de enfoque diferencial y la resocialización étnicamente diferenciada, con lo cual se trata de buscar una solución a los inconvenientes planteados en primer término.

III. CONTENIDO Y ALCANCE DEL FIN RESOCIALIZADOR DE LA PENA

Las funciones que se le adscriben a la pena de prisión obedecerán al tipo de Estado dentro del cual se pretenda castigar comportamientos criminales. Esta íntima relación guiará la forma en qué se sanciona a un individuo por la comisión de conductas que previamente —principio de legalidad— se han diseñado como contrarias al orden social y suponen la afectación a bienes jurídicos que perturban la armonía en la comunidad.

La sanción penal se ha caracterizado, tradicionalmente, por ser un ejercicio de poder violento que implica represión y sometimiento contra el delincuente; a pesar de la evolución que a través del tiempo ha tenido el concepto de pena, esta es aún asociada al confinamiento y encierro en cárceles, lo que indudablemente conlleva a la pérdida de la libertad del individuo en la mayoría de los casos.

No obstante, en conformidad con los hechos sociales, históricos y económicos transcurridos a lo largo de la historia de la humanidad y a la evolución de los Estados, la pena se ha dotado de contenidos que, de una u otra forma, se han alineado al principio de la dignidad humana y a aquel apotegma según el cual el hombre es un fin en sí mismo, “en donde la persona humana constituye un valor jurídico íntimo, absoluto que lo hace merecedor de respeto por parte de los demás integrantes de su contexto, especialmente del Estado”.² Por ello, en un Estado Social y Democrático de Derecho como el colombiano, los fines de la pena deberán responder a lo que Puig denomina “el planteamiento democrático”,³ consistente en que el derecho penal no solo deberá servir a la mayoría (defender a la sociedad de los delincuentes), sino también respetar y atender a las minorías (dignidad del delincuente), y a cada ciudadano en particular, para con ello lograr una denominada “paz social”. Lo que se traduce, innegablemente, en la imposibilidad de aislar al individuo de la sociedad como una persona que no puede realizar mayores aportes a ella. Por el contrario, se deberá encaminar a la persona en un tratamiento que implicaría una invasión a la personalidad del individuo, a fin de que este adecúe su comportamiento conforme a las normas sociales.

A partir de lo anterior, la resocialización del individuo infractor de la ley penal se reviste de igual importancia que la de cualquier otro fin establecido para las penas. Primordialmente, por medio de dicho fin se busca intervenir en la personalidad del sujeto condenado, con el único objetivo de modificar su conducta en torno al acatamiento de las normas, las convenciones y los valores sociales de determinada comunidad. No obstante, al término de *resocialización* se le han acuñado diversos sinónimos como “readaptación, re inserción, repersonalización”, etc., los cuales, a lo único que conducen es a construir

la ideología según la cual la prisión tiene la capacidad y la posibilidad de mejorar en algo al individuo sometido a ella.⁴ Dicha premisa es falaz, en el sentido en que la prisión, por sí misma, no cumple con la resocialización del individuo, pues todo dependerá del contenido y el sentido que se le otorgue a dicha función de la pena.

Aunado a lo anterior, y debido al carácter individual que tiene la imposición de una pena y la connotación humana que debe caracterizarla, la resocialización o reeducación no puede concebirse como la exigencia, por parte del Estado, de determinada educación o socialización como la “verdadera” a acatar por las personas, porque ello supondría que la socialización o educación anterior a la comisión del delito que posee el individuo es falsa, o necesariamente deberá renunciar a ella. El objetivo real de la resocialización en un Estado social y democrático de derecho consiste en que se ofrezca al sujeto sancionado una coincidencia consigo mismo, con su propio fin, esto es, ser un sujeto liberado y crítico,⁵ es decir, el Estado debe brindar diferentes herramientas y oportunidades para que el individuo valore, aprenda y acoja las que considere necesarias para su posterior desenvolvimiento en la sociedad. De lo que se trata es de evitar, bajo la figura de la resocialización, que el Estado cree e imponga patrones de conducta y roles de hombres buenos y malos, convirtiéndose la persona condenada en la concepción e idealización de lo que el Estado considere ser un “hombre bueno”, pues de lo contrario, la resocialización del individuo se convertiría en la realidad en la cosificación del mismo.

Lo cierto es, tal como lo anota Roxin,⁶ que la resocialización comprende dos acepciones: la primera de ellas intenta ayudar al delincuente en la reintegración a la sociedad, brindándole diferentes oportunidades de vida, mientras que la segunda implica que el sujeto ya no sea un riesgo para la comunidad, lo que indudablemente debería acarrear la mejora de condiciones de vida para toda la sociedad. No obstante, ambas acepciones conllevan, de manera implícita, a evitar la no reincidencia en conductas punibles por parte de la persona condenada.

Los conceptos de resocialización o reeducación tienen distintas acepciones. Tal como lo explica

2. Véase Omar Huertas-Díaz, José Saúl Trujillo-González y Astelio Silvera-Sarmiento. *Perspectivas de los derechos humanos y la libertad en contextos de sistemas penitenciarios*. ANÁLISIS POLÍTICO. 2015. Págs. 115-134.

3. C. f. Santiago Mir Puig. *FUNCIÓN DE LA PENA Y TEORÍA DEL DELITO EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO*. Bosch. (1982). Pág. 29.

4. Véase Eugenio Raúl Zaffaroni. *MANUAL DE DERECHO PENAL*. Ediar. (2005). Pag. 191.

5. Véase Juan Bustos Ramírez. *DERECHO PENAL ESPECIAL*. 2a edición. Leyer. (2008). Pág. 54.

6. Véase Claus Roxin. *LA TEORÍA DEL DELITO EN LA DISCUSIÓN ACTUAL*. Editora y Librería Jurídica Grijley. (2016). Pág. 124.

Zapico,⁷ la reeducación abandona toda suerte de índole moral; realmente, lo que se busca es otorgarle a la persona privada de la libertad distintos mecanismos que le permitan orientarse hacia los valores dominantes dentro de una sociedad determinada. De esta forma, entrarían a nivelarse en cuanto a *asimetrías sociales* y *déficits culturales*. Por su parte, la reinserción busca el contacto de la persona privada de la libertad con ambientes externos a la prisión; esto, porque así el retorno del individuo a la sociedad es menos complejo, pues “podrá reintegrarse a la sociedad como un sujeto productivo alejado del delito”.⁸ Igualmente, Zapico expone cómo ambos conceptos que dotan de contenido a la resocialización solo serán efectivos dependiendo de los instrumentos mediante los cuales se pretenda alcanzar dicho fin, y ello dependerá de las condiciones propias de los establecimientos carcelarios y del contexto sociocultural donde se pretendan imponer dichas medidas.⁹ En este sentido, permitir que durante la ejecución de la pena la persona privada de la libertad tenga un constante contacto con el mundo exterior conlleva, de mejor forma, a evitar la desocialización del individuo.¹⁰

A pesar de la construcción teórica de la resocialización y, obviamente, de sus distintas críticas, para el derecho penal actual y atendiendo a criterios y principios propios de un Estado democrático de derecho, esta se estatuye como un fin esencial de la pena. En este sentido, es importante establecer su contenido de acuerdo con el ámbito donde se pretenda desarrollar, pero sin olvidar que uno de sus aspectos más importantes es evitar la desocialización de la persona privada de la libertad; por ende, deberá contarse con mecanismos que permitan el contacto de la persona con el mundo exterior, y minimizar el carácter estricto y disciplinario propio de los establecimientos

de reclusión. En la misma línea, la resocialización debe partir del criterio de la individualidad de las personas y de su autonomía, sin llegar a imponer un pensamiento como el verdadero o único a desarrollar por parte de las personas privadas de la libertad. Sin embargo, no ha de olvidarse que dicho fin se ha convertido en una verdadera utopía en la práctica (aunque su desprestigio está más relacionado con la idea de privación de la libertad), y ello obedece más a aspectos político-criminales, los cuales se materializan en temas que están dados por la ausencia de una verdadera voluntad política del Estado en invertir dinero en los diversos programas y tratamientos de resocialización.

A. Fin resocializador de la pena en la jurisdicción penal ordinaria colombiana

El fin resocializador de la pena no aparece expresamente consagrado en la Constitución Política de Colombia:

No obstante que en el país se han establecido mecanismos de protección social, ajustados a los requerimientos sociales, las garantías constitucionales y simultáneamente la prevención del delito, obedeciendo a la evolución de los propios modelos constitucionales y legales, como también de los cambios al interior de las sociedades, ligadas a múltiples fenómenos, mediante políticas criminales.¹¹

Lo anterior se puede encontrar materializado en distintos instrumentos internacionales que son también parte integrante del bloque de constitucionalidad. En efecto, se trata del numeral 3 del artículo 10 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el cual establece: “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”; y del numeral 6 del artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos: “las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.¹²

7. C. f. Mónica Zapico-Barbeito. *¿Un derecho fundamental a la reinserción social? Reflexiones acerca del artículo 25.2 de la CE*. ANUARIO DA FACULDADE DE DEREITO DA UNIVERSIDADES DA CORUÑA. 2009, 13.

8. Véase O. Huertas-Díaz, J. S. Trujillo-González y A. Silvera-Sarmiento. *Perspectivas de los derechos humanos y la libertad en contextos de sistemas penitenciarios*. ANÁLISIS POLÍTICO. 2015. Págs. 115-134.

9. C. f. Mónica Zapico-Barbeito, *supra*, nota 8.

10. Para Baratta, la cárcel es una institución que, por su misma dinámica, caracterizada por la estricta disciplina, el confinamiento y la represión, en lugar de contribuir en una efectiva resocialización de las personas allí privadas de la libertad, tiene potencia de contribuir a la creación de una verdadera carrera criminal. Igualmente, porque la mayor parte de la población que ingresa a las cárceles han sido previamente seleccionadas a partir de las desigualdades sociales. Véase Alessandro Baratta. *CRIMINOLOGÍA Y SISTEMA PENAL*. B de F. (2004).

11. Véase Omar Huertas-Díaz, Linda Layda López-Benavides y Carlos Mario Malaver-Sandoval. *La colonia penal de oriente, último rezago del positivismo jurídico penal (Acacias, Meta, Colombia)*. DIÁLOGOS DE SABERES. 2011. Págs. 139-150.

12. Véase Convención Americana sobre Derechos Humanos. PACTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. DE NOVIEMBRE DE 1969, EN LA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Noviembre 22 de 1969, San José de Costa Rica.

No obstante, ante una ausencia en la Constitución Política y a partir de los derechos expresamente reconocidos en el mismo texto, se infieren distintas condiciones y límites en el contenido de las penas y su ejecución. Por ejemplo, frente a su contenido en la Constitución Política, aparece la expresa prohibición de penas perpetuas e imprescriptibles, las inhumanas y degradantes.¹³ A su vez, también aparecen los derechos fundamentales de intimidad personal y familiar, libertad de cultos, de conciencia y el libre desarrollo de la personalidad,¹⁴ perfectamente exigibles durante la ejecución de la condena y esenciales para una efectiva resocialización o reeducación de los condenados.

A pesar de no existir expresamente una exigencia constitucional relacionada con los fines de la pena, con la expedición del Código Penal en el 2000, se incorporaron estas. Concretamente, se encuentra presente la prevención especial y la reinserción social que operaran durante la ejecución de la pena en los diferentes centros carcelarios. Dicha función no se agota solo con la consagración legal, sino también con las interpretaciones efectuadas por la Corte Constitucional, en las que ha puesto de presente la vital importancia de dicha función y su ineludible relación con los derechos fundamentales de las personas condenadas:

Sin embargo, a pesar de esas inevitables tensiones y discusiones, lo cierto es que durante la ejecución de las penas debe predominar la búsqueda de resocialización del delincuente, ya que esto es una consecuencia natural de la definición de Colombia como un Estado social de derecho fundado en la dignidad humana (CP art. 1º), puesto que el objeto del derecho penal en un Estado de este tipo no es excluir al delincuente del pacto social sino buscar su reinserción en el mismo. Por ello, es lógico que los instrumentos internacionales de derechos humanos establezcan esa función resocializadora del tratamiento penitenciario. Así, de manera expresa, el artículo 10 numeral 3º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, aprobado por Colombia por la Ley 74 de 1968, consagra *que el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados* [cursivas añadidas].¹⁵

Asimismo, es imposible dejar de lado que el objetivo principal de la resocialización es el hombre. Por ello, el Estado deberá efectuar e implementar acciones que permitan el posterior desenvolvimiento de la persona en la sociedad colombiana.¹⁶

El derecho a vivir nuevamente dentro de la comunidad sin romper las mínimas reglas de armonía, la cual no puede ser un mero valor axiológico que debe manifestarse en consecuencias concretas: "(i) la oportunidad y disposición permanente de medios que garanticen la realización de diversas actividades de orden laboral, educativo, deportivo y lúdico; (ii) las condiciones cualificadas de reclusión, en aspectos básicos como el goce permanente de servicios públicos esenciales, buenas condiciones de alojamiento, alimentación balanceada, servicios sanitarios mínimos, etc. y (iii) el acompañamiento permanente durante el periodo en que se prolonga la privación de la libertad, con el auxilio de un equipo interdisciplinario de profesionales en ciencias sociales y de la salud, de la red de apoyo y de la familia del recluso.

De esta forma, la resocialización es un fin esencial de la pena privativa de la libertad que requiere de un conjunto de acciones por parte del sistema penitenciario estatal. La resocialización se compone del tratamiento penitenciario brindado, materializado por medio de programas de educación, trabajo y enseñanza,¹⁷ y, además, de mecanismos sustitutivos de la pena de prisión como lo son los subrogados y los beneficios administrativos que permiten, de forma gradual y progresiva, insertar al individuo en la sociedad, y abandonar paulatinamente el confinamiento en la prisión. Es prudente indicar que el Estado tiene como objetivo principal, en ejercicio del *ius puniendi*, la resocialización de la persona privada de la libertad, y que se encuentra bajo la relación especial de sujeción que la caracteriza.

La resocialización no está enunciada únicamente como un fin más de la pena; la jurisprudencia constitucional colombiana ha sido enfática en afirmar que este se convierte en un fin prevalente por su íntima conexión con la dignidad humana. Además, dota de contenido a la estadía de las personas en prisión,

13. Véase Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 6. Julio 7 de 1991 (Colombia). Arts. 28, 34 y 12.

14. *Id.* Arts. 15, 18, 19 y 20.

15. Véase Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA C-261/06 (MP Alejandro Martínez Caballero: Junio 13 de 1996).

16. Véase Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA C-806/02 (MP Clara Inés Vargas Hernández: Octubre 3 del 2002).

17. Véase Resolución 7302 de 2005 [Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-Inpec, Ministerio del Interior y de Justicia]. Por medio de la cual se revocan las Resoluciones 4105 del 25 de septiembre de 1997 y número 5964 del 9 de diciembre de 1998 y se expiden pautas para la atención integral y el Tratamiento Penitenciario. Diciembre 8 del 2006. DO 46476.

pues no están allí únicamente para estar aisladas de la sociedad, sino con un objetivo que consiste en su regreso a la sociedad una vez se cumpla la condena.

B. Jurisdicción penal indígena

Con la expedición de la Constitución de 1991, mediante la cual, además de adoptar la figura del Estado social y democrático de derecho, se amplió su catálogo de derechos por medio de la recepción del derecho internacional,¹⁸ dentro de este bloque se reconoce expresamente la diversidad étnica y cultural que caracteriza al país. Por ello, el artículo 246 otorga a los diferentes resguardos y cabildos indígenas el ejercicio de funciones jurisdiccionales para solucionar los conflictos que surjan dentro de su territorio, así como utilizar sus propias normas y procedimientos, siempre y cuando estas “no sean contrarias a la Constitución y leyes de la República”.

Como lo explica Beatriz Sánchez,¹⁹ con la incorporación de las disposiciones constitucionales que reconocen y respetan las culturas diferentes a la sociedad mayoritaria, se procura garantizar, preservar y conservar los pueblos indígenas que habitan en el país. Para ello, la Constitución de 1991 aborda dos temas principales: el primero, con relación a los derechos y las reglas que deben operar al interior de las comunidades indígenas que existen en el país; el segundo, con respecto a las reglas que deben existir entre los pueblos indígenas, el Estado y la sociedad. Esto se debe edificar en tres principios fundamentales: respeto a la diferencia, la autonomía y la unidad nacional. No obstante, se observa una clara tensión entre lograr la unidad nacional y la diversidad étnica.

En este sentido, es claro el reconocimiento explícito del poder jurisdiccional indígena. Pero también, de la imposición de límites a dicha autonomía jurisdiccional que no opera de forma plena, sino igualmente deberá acatar ciertas proposiciones con el fin de evitar excesos.

La Corte Constitucional, conforme se han desarrollado los casos, ha ido planteando reglas que permiten entender de mejor forma el alcance de la autonomía jurisdiccional indígena. Estos límites están dados, sobre todo, por la concepción de los derechos fundamentales liberales. Tal como lo ha explicado Bonilla,²⁰ la Corte Constitucional ha tenido diferentes cambios de perspectivas conforme ha transcurrido el tiempo. Para Bonilla,²¹ la Corte ha trazado tres tesis. La primera, denominada como “liberalismo puro” —presidida por las primeras sentencias de la Corte—, lidera la idea según la cual los derechos liberales enmarcados por la sociedad mayoritaria deben ser observados y respetados por las diversas culturas que habitan en el país. En este sentido, propugna que los derechos fundamentales tienen como base la dignidad del ser humano, y cómo, bajo ningún otro argumento, debe ser invadido, únicamente cuando de ello se requiera la conservación de una comunidad indígena.

La segunda tesis es aquella denominada “interculturalismo radical”, la cual se basa en que la autonomía política y jurídica de las minorías debe maximizarse y, por lo tanto, sus restricciones minimizarse. Sin embargo, existen diversos valores consagrados por la Constitución que deben interactuar y correlacionarse, sin que ello implique per se una transformación cultural de los distintos pueblos indígenas, o lo que traduciría una asimilación por la sociedad mayoritaria.

Por último, se encuentra la denominada “liberalismo cultural”, cimentada en la idea según la cual los derechos liberales individuales deben privilegiarse sobre los valores propios de las comunidades aborígenes. Esto desencadena una prerrogativa a favor de los derechos fundamentales de cada uno de los seres humanos, con independencia de que pertenezcan o no a determinado pueblo indígena. No obstante, en esa corriente la Corte permite, de manera excepcional, que los derechos individuales liberales sean menoscabados en procura de la conservación de tradiciones que, de no realizarse, conducirían a la desaparición de una comunidad.

Lo cierto es que permanentemente existe una tensión entre la maximización de la autonomía jurisdiccional y los valores y derechos consagrados en la Constitución por la sociedad mayoritaria. Esto se debe, principalmente, a las diferentes formas de ver

18. C. f. Filiberto Eduardo Manrique Molina, Rodrigo Orlando Osorio Montoya y Nayibe Paola Jiménez Rodríguez. *Hacia la implementación de un control integrador y universal de los Derechos Humanos en la actuación de las fuerzas de seguridad en México*. H. González-Chávez, SEGURIDAD PÚBLICA, PRESUPUESTO Y DERECHOS HUMANOS. Fontamara. (2016). Págs. 149-165.

19. C. f. Beatriz Sánchez. *El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena*. Orgs. Santos Boaventura y García Mauricio, EL CALEDOSCOPIO DE LAS JUSTICIAS EN COLOMBIA. Colciencias, Universidad de Los Andes, Universidad Nacional, Siglo del Hombre Editores, Icanh, Universidad de Coimbra. (2001).

20. C. f. Daniel Bonilla Maldonado. LA CONSTITUCIÓN MULTICULTURAL. Bogotá: Universidad de los Andes, Pontificia Universidad. Javeriana, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores. (2006).

21. *Id.*

y asumir la cultura, la definición de lo que es bueno y malo.

Sin embargo, ante la presencia de un número considerable de resguardos y comunidades indígenas, se requiere de al menos dos reconocimientos que permitirían preservar el legado cultural de dichos pueblos. Bonilla advierte que se requiere de la maximización del derecho de autogobierno de los grupos indígenas, en los que libremente puedan decidir y ejecutar la forma en cómo se organiza y funciona su comunidad. Asimismo, se requiere de la mínima intervención del Estado y una mayor participación de la sociedad civil, en la que se pueda dialogar sobre los valores que, interculturalmente aceptados, generalmente provienen de la misma concepción del ser humano y su visión moral frente a determinados sucesos.

Ahora bien, los límites constitucionales que se le han impuesto a la jurisdicción indígena también han tenido relación con la forma como se estructura y organiza dicho poder. Por ello, se requiere de ciertos componentes institucionales que permiten el cumplimiento coercitivo de sus decisiones:

La jurisprudencia ha definido los siguientes límites constitucionales en la materia. Ha dicho que: i) es necesario que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas; ii) que tengan la potestad de definir las normas aplicables y llevar a cabo procedimientos propios; iii) que en el ejercicio de la jurisdicción siempre se respete la Constitución, y determinados derechos humanos de especial valor constitucional; y finalmente, ha dicho que iv) el Legislador tiene la competencia para señalar la forma como se debe articular la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional.²²

De igual forma, para los procedimientos que pretendan llevar a cabo dentro de la jurisdicción indígena, el debido proceso se convierte en un límite. La Corte²³ ha establecido que este debido proceso contiene distintos parámetros. En primer lugar, se

encuentra la presunción de inocencia; debido a su rango constitucional, se requiere que las autoridades indígenas tengan suficientes pruebas para emitir su decisión, por ende, no se admiten las decisiones arbitrarias que no han tenido un fundamento probatorio. En segundo lugar, aparece el derecho de defensa que para el caso específico, y dadas las condiciones de las comunidades indígenas, puede ser ejercido por alguno de los familiares del acusado. En tercer lugar, se explica la proscripción de la responsabilidad objetiva y el principio de culpabilidad individual. En cuarto lugar, la prohibición de sancionar dos veces por el mismo hecho delictivo. En quinto lugar, para la jurisdicción indígena no es obligatoria la existencia de una segunda instancia. Finalmente, se encuentra la proporcionalidad y razonabilidad de las penas, lo cual implica la prohibición de sanciones absolutamente desproporcionadas en relación con el hecho jurídico cometido. Asimismo, las penas no pueden trascender en la personas y, en general, consistir en actos degradantes para el condenado.

C. Resocialización étnicamente diferenciada

1. Principio de enfoque diferencial

El reconocimiento constitucional de la justicia indígena, así como la asimilación, o no, de los distintos pueblos indígenas a la sociedad mayoritaria, ha supuesto que se utilice el derecho penal como herramienta sancionable en el propósito de conservar y preservar la armonía de las distintas comunidades indígenas; de igual forma, la utilización de las cárceles estatales, ante la ausencia de centros que permitan fungir como tal en el interior de los territorios indígenas. Por ello, en lo que se refiere a indígenas condenados por autoridades tradicionales indígenas, se ha utilizado la prisión estatal como forma de castigo para los miembros que han realizado conductas sumamente gravosas y, por lo tanto, se requiere de su aislamiento de la comunidad. No obstante, en las prisiones estatales²⁴ habitan miembros de comunidades indígenas que han sido sancionados por sus respectivas comunidades, o por la justicia ordinaria, una vez superado el conflicto de competencia correspondiente.

22. Véase Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA T-208/15. (MP Gloria Stella Ortiz Delgado: Abril 20 del 2015).

23. *Id*; véase también Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA T-349/96. (MP Carlos Gaviria Díaz: Agosto 8 de 1996); Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA T-523/97. (MP Carlos Gaviria Díaz: Octubre 15 de 1997). Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA T-549/07. (MP Jaime Araújo Rentería: Julio del 2007); Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA T-811/04 de 2004 (MP Jaime Córdoba Triviño: Agosto 27 del 2004); y Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA T-903/09 (MP Luis Ernesto Vargas: Diciembre 4 de 2009), entre otras.

24. Actualmente, en los distintos establecimientos carcelarios del país a cargo del Inpec, la población indígena asciende a 1326. En efecto, dicha cifra la componen 1151 indígenas privados de la libertad en establecimientos carcelarios, 165 privados de la libertad en su domicilio, y 10 bajo la modalidad de control y vigilancia electrónica.

A partir de lo anteriormente dicho, la cárcel estatal recibe a los indígenas por medio de diversas rutas de encarcelamiento. Como lo mencionan Ariza, Higuera y Zambrano,²⁵ existen cuatro tipos de rutas de encarcelamiento de indígenas: invisible, jurisdiccional, renuncia e indígena. De estas, solo se abordan dos en esta investigación: la primera, denominada como “invisible”, la cual da cuenta del desconocimiento de la identidad étnica de la persona a quien se está juzgando. De esta forma, el acusado deberá alegar directamente su pertenencia étnica y, por consiguiente, el fuero constitucional al cual tiene derecho. La segunda, denominada “jurisdiccional”, es aquella en la que se ha puesto de presente su condición de indígena y, en conformidad con la resolución de conflicto de competencias, se proferirá su confinamiento por decisión de la autoridad ordinaria o indígena, según el caso.

Ante una realidad que comprende la privación de la libertad de personas indígenas por parte de las cárceles administradas por el Estado, es necesario empezar a discutir qué tan necesario es la incorporación del principio de enfoque diferencial y su parametrización. En el ordenamiento jurídico colombiano, dicho principio fue incorporado con la promulgación de la Ley 1709 de 2014,²⁶ la cual reformó la Ley 65 de 1993. Dicha norma solo menciona, de forma general, la necesidad de incorporar medidas penitenciarias conforme al tipo de poblaciones que pueden albergar las cárceles del país, pues no todas van a responder de la misma forma al plan de tratamiento penitenciario general. Para el caso particular, la peculiaridad de los indígenas está dada por poseer una cosmovisión muy diferente en algunos aspectos a la que posee la sociedad mayoritaria.

Por su parte, la directiva 22 de 2011, emitida por el Inpec, imparte instrucciones para garantizar el

respeto, el reconocimiento y la inclusión social de la población indígena privada de la libertad. Las mayores responsabilidades están dadas a los directores de los establecimientos de los distintos centros de reclusión, y procuran, en general, mantener al indígena en contacto con su familia y la comunidad a la que pertenece. Además de convertirse en un soporte de las autoridades tradicionales en todas las actividades que se consideraran necesarias para el desarrollo y el desenvolvimiento del indígena en prisión.

En relación con este principio, la Sentencia T-642/14²⁷ resulta de gran valor. En esta ocasión, la Corte Constitucional resolvió el caso de un indígena miembro del Cabildo Indígena Frey de Mistrató, ubicado en Risaralda. La ejecución de su pena sucede en el Complejo Carcelario y Penitenciario de Ibagué, a órdenes de la providencia proferida por su comunidad indígena en 1985. La pena consistía en 10 años de prisión que se cumplían en el 2000, según el actor, pero a la fecha de presentar la tutela (2013) no había recobrado su libertad. Más allá del problema jurídico penal que suscita la acción de tutela, (prescripción de la sanción penal), la Corte indica que, en primer lugar, conforme al artículo 3 de los “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas” de la Organización de Estados Americanos, cuando se tratará de indígenas sometidos a la legislación general, deberá prevalecer otro tipo de sanciones que no comprendan el sometimiento a prisión, siempre y cuando ello fuera posible. En segundo lugar, recurre al principio de enfoque diferencial, incluido en la Ley 1709 de 2014, al interpretar que dicho apotegma impone la necesidad de contar con prisiones especiales para albergar miembros de pueblos indígenas privados de la libertad, y, en general, población con características particulares. En tercer lugar, arguye la Corte que la adecuada implementación de dicho principio en el sistema penitenciario y carcelario permite que se cumpla cabalmente el fin resocializador de la pena, pues de no existir planes de tratamientos especiales, de acuerdo con las características de cada población, esto conllevaría a una vulneración de derechos fundamentales como el de igualdad, y a principios tales como el pluralismo y la diversidad étnica y cultural. Finalmente, establece la estrecha relación que existe entre el principio de enfoque diferencial y el derecho fundamental a la igualdad, al explicar que:

25. C. f. Libardo José Ariza Higuera y Rolando Zambrano Coral. *El encarcelamiento de indígenas en Colombia*. REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE PALERMO. 2012.

26. “Artículo 3A. Enfoque diferencial. El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, religión, identidad de género, orientación sexual, raza, etnia, situación de discapacidad y cualquiera otra. Por tal razón, las medidas penitenciarias contenidas en la presente ley, contarán con dicho enfoque. El Gobierno Nacional establecerá especiales condiciones de reclusión para los procesados y condenados que hayan sido postulados por este para ser beneficiarios de la pena alternativa establecida por la Ley 975 de 2005 o que se hayan desmovilizado como consecuencia de un proceso de paz con el Gobierno Nacional”. Véase Ley 709 de 2014. Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones. Enero 20 de 2014. DO 49039.

27. Véase Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA T-642/14 (MP María Victoria Sáchica: Septiembre 4 del 2014).

[El enfoque diferencial] se puede comprender de mejor manera examinado en concordancia con el principio de igualdad, a partir de la famosa formulación aristotélica de “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”, por la cual la doctrina y la jurisprudencia se han esforzado en precisar el alcance de la igualdad de la cual se desprenden dos contenidos que vinculan a todos los poderes públicos: por una parte un mandamiento de tratamiento igual que obliga a dar el mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no existan razones suficientes para otorgarles un trato diferente y, por otro, un mandato de tratamiento desigual que obliga a las autoridades públicas a diferenciar entre situaciones diferentes, dentro del cual se enmarca el principio de enfoque diferencial en materia carcelaria y penitenciaria.²⁸

En este sentido, el contenido del principio de enfoque diferencial aplicado en un contexto de prisiones está dado por la aplicación indirecta de principios tales como el pluralismo, la diversidad étnica y cultural, y los derechos fundamentales a la dignidad humana e igualdad. Particularmente, el enfoque diferencial indígena debe estar precedido por la imposición de la sanción conforme lo determine la jurisdicción especial indígena. En los casos en que dicha sanción consistiera en la privación de la libertad, esta deberá darse en lugares que cuenten con las medidas e instrumentos especiales que permitan la apropiada resocialización del indígena, además, porque se protege la identidad cultural y diversidad étnica ya reconocida constitucionalmente.

Es claro que, durante la ejecución de la pena, el fin que debe predominar es la resocialización. Como se explicó en el primer aparte de este artículo, este fin de la pena no busca imponer comportamientos, y mucho menos convertir a las personas en modelos a seguir. Su objetivo es que la persona condenada asuma y sea consciente de la realización de un hecho dañino y desaprobado por la sociedad, o la comunidad indígena para el presente caso, y en esa medida adopte distintos mecanismos o instrumentos que le permitan desarrollar habilidades que ayuden a su posterior desenvolvimiento en la comunidad respectiva.

Así las cosas, la Corte Constitucional ha entendido que el enfoque diferencial indígena protege pilares constitucionales como lo son el pluralismo jurídico y la protección a la identidad cultural de los pueblos indígenas. Este enfoque, entre otras prerrogativas, establece que los indígenas deben ser

recluidos de forma tal que se proteja su diversidad étnica y cultural de manera efectiva en todo el territorio nacional.

Como es claro, permitir la interferencia de un enfoque diferencial en la fase de ejecución de la pena implica que su función resocializadora sea más idónea, ya que permea el espacio de vida dentro y fuera de la cárcel del sujeto a quien se le ha impuesto una pena.

2. Resocialización étnicamente diferenciada

Recientemente, la Sentencia T-208 de 2015 trata el tema específico del indígena en prisión. El caso concreto del que trata la sentencia se sitúa en la imposibilidad de tres indígenas de acceder a subrogados, beneficios, redenciones de pena y, en general, de las precarias condiciones de prisión en las que se encuentran. Es claro que la crisis actual del sistema penitenciario y carcelario del país toca profundamente a todos aquellos que se encuentren privados de la libertad en dichos establecimientos.²⁹ Por ello, las condiciones de reclusión tal y como lo sostienen diversos autores, “han impactado sobre la dignidad humana y los derechos humanos, lo cual ha sido calificado, entre otros términos, de insostenible”.³⁰ No obstante, las condiciones en las que permanecen estos indígenas condenados por sus autoridades competentes no distan de las condiciones, en general, de reclusión de todas las personas privadas de la libertad en los diferentes centros carcelarios del país.

La Corte menciona, de manera específica, “la finalidad resocializadora de las penas privativas de la libertad, su estrecha relación con el principio de dignidad humana, y con el Estado Social de Derecho, hacen que opere como un límite al ejercicio de la jurisdicción especial indígena”.³¹ A partir de dicha premisa se le impone, de una u otra forma, a la jurisdicción especial indígena asumir que la pena de prisión cumple un fin resocializador propio de un

28. Véase Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA T-642/14 (MP María Victoria Sáchica: Septiembre 4 del 2014).

29. En materia penitenciaria y carcelaria, el ECI ha sido declarado por la Corte Constitucional en tres oportunidades: la primera, en la SENTENCIA T-153/98. (MP Eduardo Cifuentes Muñoz: 1998); la segunda, en la SENTENCIA T-388/13 (MP María Victoria Calle: Junio 28 del 2013); la tercera, en la SENTENCIA T-762/15. (MP Gloria Ortiz: Diciembre 16 del 2015), la cual reitera lo declarado en la providencia anterior. Esto, debido al alto índice de hacinamiento y la incoherencia de la política criminal.

30. Véase O. Huertas-Díaz. *Sistema penal y hacinamiento carcelario. Análisis al estado de cosas inconstitucionales en las prisiones colombianas*. REVISTA JURÍDICA DERECHO. 2015. Pág. 20.

31. Véase Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA T-208/15, *supra*, nota 22.

derecho penal liberal que, por su estrecha conexión con la dignidad humana, debe acogerse en el sentido en que la ejecución de la pena tiene un propósito y está dado por el proceso de reeducación y reinserción a que haya lugar.

Si bien se ha maximizado el principio de autonomía indígena, esta encuentra límites tratándose de asuntos muy específicos. En este sentido, se ha establecido³² que no cualquier norma puede entrar a ser límite, dependerá del principio o derecho que se ha erigido y su eventual contradicción con el principio de maximización de la autonomía indígena. Esto llevaría a deducir que solo se admitirán como límites aquellos principios o derechos que tengan un mayor valor que la diversidad étnica y cultural. Para la Corte, la función de resocialización tiene un valor superior, debido a su inherente conexión con la dignidad humana y a las responsabilidades que el Estado tiene con las personas privadas de la libertad en sus prisiones, lo cual, de uno u otro modo, permite una injerencia mínima del Estado en la fase de ejecución de la pena cuando se trata de indígenas privados de la libertad con independencia de la autoridad que los haya condenado.

Una vez concluido que la resocialización tiene un valor superior al de la diversidad étnica y cultural, la Corte decide que la jurisdicción indígena conserva su discrecionalidad de sancionar e imponer penas privativas de la libertad cuando lo considere necesario, pero, en todo caso, para definir las condiciones de modo, tiempo y lugar de ejecución de la condena, deberá verificar si puede darse cumplimiento al fin resocializador de la pena. No obstante, a fin de conservar la autonomía de las autoridades indígenas, pero al mismo tiempo cumplir con el fin resocializador del Estado, deberán crearse y delimitarse estrategias de cooperación entre las entidades estatales penitenciarias y las comunidades indígenas, con el único propósito de que el contenido de la resocialización esté dado en los términos de la cultura a la cual pertenece el indígena en prisión, y no en relación con la cultura de la sociedad mayoritaria.

En este sentido, existe una corresponsabilidad entre el Estado y las comunidades indígenas en cuanto a garantizar el fin resocializador de la pena a los indígenas privados de la libertad. Por parte del Estado, las obligaciones están encaminadas a proveer prisiones especiales que cuenten con programas e instalaciones que permitan desarrollar de forma efectiva el principio de enfoque diferencial indígena, todo

ello con el fin de “mantener y fortalecer los rasgos, lenguas y tradiciones indígenas que forman parte de la idiosincrasia del Estado Colombiano”, conforme lo explica la Sentencia T-642 de 2014.³³ Del lado de las autoridades indígenas, se encuentra la obligación de indicar el contenido de los planes y los tratamientos que consideren necesarios para lograr el fin de la resocialización, así como participar activamente durante toda la fase de ejecución de la pena, ya que se esperaría que el indígena, al recobrar su libertad, se reintegre nuevamente a la comunidad indígena correspondiente.

No obstante lo anterior, la Corte manifiesta que dentro de la discrecionalidad y autonomía otorgada a las autoridades indígenas, pueden establecer sanciones cerradas y abiertas. Las sanciones cerradas corresponderán a aquellas que impliquen el no acceso a redenciones, subrogados o beneficios, entre otros. El único límite que impone la Corte en este sentido es que la sanción sea razonable y proporcionada; se entienden por desproporcionadas todas aquellas penas que, “transcenden a la persona, que afecten su mínimo vital, que sean irredimibles, o que impliquen un cercenamiento cultural”.³⁴ Por su parte, las sanciones abiertas sí admiten el acceso de redención de pena. El discurso que siempre acompaña a este tipo de mecanismos está dado para que las personas privadas de la libertad tengan un incentivo de asumir una buena conducta durante la fase de ejecución de la pena, y así acceder a los diferentes mecanismos de sustitución de prisión intramural o redención de pena vigentes. Sin embargo, más allá de esto, lo que se busca es que el interno asuma las reglas de convivencia básicas dentro de una comunidad.

Hablar de resocialización étnicamente diferenciada supone aceptar la necesidad de brindar distintas oportunidades a personas indígenas privadas de la libertad. En este sentido, lo ideal es que se asuma un plan de tratamiento penitenciario que responda a las necesidades de los indígenas en prisión, y a su vez colabore en la preservación cultural que implica la conservación de creencias religiosas, rituales y formas alternativas de curación, entre otros. Además, la implementación de las actividades de trabajo y enseñanza en las que no solo se les dé como alternativa las actividades que suele realizar la sociedad mayoritaria, sino también actividades que ellos suelen llevar a cabo en sus respectivas comunidades.

32. C. f. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-349/96. (MP Carlos Gaviria Díaz: Agosto 8 de 1996).

33. Véase Corte Constitucional de Colombia, *supra*, nota 29.

34. Véase Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-048/02. (MP Álvaro Tafur Galvis: Enero 31 de 2002).

IV. CONCLUSIONES

El fin resocializador de la pena reviste una importancia inigualable. En efecto, se le ha atribuido una responsabilidad enorme que no es otra que tratar de cambiar el comportamiento delictivo de las personas que han sido condenadas, con el objetivo de que no reincida en comportamientos que están descritos como delitos por el ordenamiento jurídico. La resocialización debe tener lugar en la fase de ejecución de la pena, la cual, generalmente, ocurre en cárceles con unas condiciones bastante especiales de confinamiento y con un reglamento disciplinario bastante restrictivo a acatar por parte de las personas privadas de la libertad.

No obstante, pareciera que la resocialización es el único camino a seguir si se quiere respetar la dignidad humana de las personas condenadas y seguir propugnando que el hombre es un fin en sí mismo. Sin embargo, será que basta con que la resocialización sea solo enunciada como un fin, y no como un derecho fundamental, o, tal vez, ¿debería elevarse de categoría? Zapico explica,³⁵ a partir de las posturas doctrinales españolas, cómo la resocialización no es un mero mandato orientador de la política criminal y penitenciaria, sino que se convierte en un verdadero derecho fundamental que implicaría un esfuerzo del Estado por poner todos los elementos de infraestructura y los políticos en lograr que las personas condenadas se reinseren y tengan una vida digna una vez recobren la libertad.

En el caso colombiano, como se mencionó, no hay una norma expresa que catalogue la resocialización como un derecho fundamental. No obstante, dada su especial relevancia y los diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional,³⁶ pareciera que ese es el camino a seguir. De hecho, de acuerdo con la doctrina de los derechos de las personas privadas de la libertad, estas se han clasificado en tres grandes grupos: en primer lugar, se encuentran aquellos que “como consecuencia lógica y directa de la pena impuesta, lo cual se justifica constitucional y legalmente por los fines de la sanción penal”,³⁷ son suspendidos por un determinado periodo de tiempo. Entre estos derechos se encuentran la libertad de locomoción, la libertad física y los derechos políticos.

En un segundo lugar, se habla de los derechos restringidos, y serán aquellos que “por la especial sujeción del interno al Estado tienen sentido porque con ello se pretende contribuir al proceso de resocialización del condenado y garantizar la disciplina, seguridad y salubridad en las cárceles”.³⁸ Entre estos, se encuentran los derechos a la intimidad personal y familiar, y el libre desarrollo de la personalidad, entre otros.

Finalmente, se encuentran aquellos que son intocables porque ellos “derivan directamente de la dignidad del ser humano y, por consiguiente, su restricción o suspensión dejarían sin efectos el carácter humanista de la Constitución de 1991”.³⁹ Algunos de ellos son el derecho a la vida, al debido proceso, a salud, etc. Por consiguiente, si la resocialización deriva de la dignidad humana de la persona y está en conexión con otro tipo de derechos que no resultan suspendidos por la imposición de la pena, podría revestir en el caso colombiano la categoría de derecho fundamental.

Sin embargo, en el caso de personas indígenas condenadas por sus autoridades tradicionales a penas cerradas, pareciera indicarse que desconocen por completo el derecho a la resocialización de las personas. Siguiendo las interpretaciones de la Corte en cuanto a la solución de la tensión entre derechos liberales y los valores interculturales de las comunidades indígenas, se restringe la autonomía jurisdiccional, cuando lo que se busca es proteger derechos individuales de los miembros de la comunidad. Si bien la decisión final de la Corte, en su Sentencia T-208 de 2016, conlleva la maximización de la autonomía jurisdiccional indígena al permitir que impongan las penas cerradas, vuelve sobre la argumentación de que existen unos derechos que son inherentes a las personas y, por lo tanto, intocables, y en este caso es clara en enfatizar que su autonomía no puede sobreponerse a los derechos de los miembros de la comunidad.

Sin embargo, si se hablara de un derecho fundamental a la resocialización sería más clara la prohibición de imponer penas cerradas a los miembros de las comunidades indígenas que cometan conductas caracterizadas como delitos, ya que el hecho de hablar de un derecho subjetivo en cabeza de la persona condenada le otorga el amparo constitucional que puede hacer exigible.

Ahora bien, como se observó, los indígenas privados de la libertad en las prisiones colombianas no son únicamente los condenados por sus propias

35. C. f. Mónica Zapico-Barbeito, *supra*, nota 8.

36. Véase Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA T-718/15. (MP Jorge Iván Palacio: Noviembre 24 del 2015).

37. Véase Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA T-511/09 (MP Jorge Ignacio Pretelt: Julio 30 del 2009).

38. *Id.*

39. *Id.*

autoridades indígenas. Asimismo, existe una población que ha sido condenada por jueces ordinarios después de presentarse o no el conflicto de competencia. Para ello, de igual forma la resocialización debe no solo constituirse como un derecho, sino gozar de un enfoque diferencial que permita que las personas a las cuales se someta a dicho tratamiento tener las alternativas y opciones de crear un proyecto de vida al interior de la cárcel, el cual, posteriormente, les permita a su vez la reinserción a la comunidad de forma menos dramática. Sobre todo, lo que se busca por medio de dicho enfoque es impedir la asimilación de los indígenas privados de la libertad en las cárceles, pues al iniciar las actividades que comúnmente desarrolla la sociedad mayoritaria se van perdiendo sus costumbres y su propia cosmovisión, lo que contribuye a la futura desaparición de las culturas indígenas al interior del país y, por lo tanto, a la pérdida de su legado cultural.

En fin, lo que se busca es el respeto a la diferencia étnica y cultural durante la fase de la ejecución de la pena. No se trata de imponer el fin resocializador liberal a los indígenas en prisión, sino partir de que existen diferencias culturales trascendentales que, de no acatarse, fallaría el proyecto de reinserción del individuo. Por supuesto, como ya se mencionó, el Estado no sería el único responsable de lograrla, se requiere de unir esfuerzos con las comunidades indígenas para que participen activamente durante esta fase.

V. REFERENCIAS

- Alessandro Baratta. *CRIMINOLOGÍA Y SISTEMA PENAL*. B de F. (2004).
- Beatriz Sánchez. *El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena*. Orgs. Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Maurício, *EL CALEIDOSCOPIO DE LAS JUSTICIAS EN COLOMBIA*. Colciencias, Universidad de Los Andes, Universidad Nacional, Siglo del Hombre Editores, Icanh, Universidad de Coimbra. (2001).
- Claus Roxin. *LA TEORÍA DEL DELITO EN LA DISCUSIÓN ACTUAL*. Editora y Librería Jurídica Grijley. (2016).
- Código Penal Colombiano [CPC]. Ley 599 de 2000. Julio 24 de 2000 (Colombia).
- Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 6. Julio 7 de 1991 (Colombia).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. PACTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS DE NOVIEMBRE DE 1969, EN LA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Noviembre 22 de 1969, San José de Costa Rica.
- Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA C-261/06 (MP Alejandro Martínez Caballero: Junio 13 de 1996).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-349/96. (MP Carlos Gaviria Díaz: Agosto 8 de 1996).
- Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA T-523/97. (MP Carlos Gaviria Díaz: Octubre 15 de 1997).
- Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA T-153/98. (MP EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ: 1998).
- Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA T-048/02. (MP Álvaro Tafur Galvis: Enero 31 de 2002).
- Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA C-806/02 (MP Clara Inés Vargas Hernández: Octubre 3 del 2002).
- Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA T-811/04. (MP Jaime Córdoba Triviño: Agosto 27 del 2004).
- Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA T-549/07. (MP Jaime Araújo Rentería: Julio del 2007).
- Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA T-153/13. (MP María Victoria Calle: Junio 28 del 2013).
- Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA T-642/14 (MP María Victoria Sáchica: Septiembre 4 del 2014).
- Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA T-208/15. (MP Gloria Stella Ortiz Delgado: Abril 20 del 2015).
- Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA T-718/15. (MP Jorge Ivan Palacio: Noviembre 24 del 2015).
- Daniel Bonilla Maldonado. *LA CONSTITUCIÓN MULTICULTURAL*. Bogotá: Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores. (2006).
- Eugenio Raúl Zaffaroni. *MANUAL DE DERECHO PENAL*. Ediar. (2005).
- Filiberto Eduardo Manrique Molina, Rodrigo Orlando Osorio Montoya y Nayibe Paola Jiménez Rodríguez. *Hacia la implementación de un control integrador y universal de los Derechos Humanos en la actuación de las fuerzas de seguridad en México*. H. González-Chávez, SEGURIDAD PÚBLICA, PRESUPUESTO Y DERECHOS HUMANOS. Fontamara. (2016). Págs. 149-165.
- Ley 709 de 2014. Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones. Enero 20 de 2014. DO 49039.
- Libardo José Ariza Higuera y Rolando Zambrano Coral. *El encarcelamiento de indígenas en Colombia*. REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE PALERMO. 2012.

- Mónica Zapico-Barbeito. *¿Un derecho fundamental a la reinserción social? Reflexiones acerca del artículo 25.2 de la CE*. Anuario da Facultade de Dereito da Universidades da Coruña. 2009, 13.
- Omar Huertas-Díaz. *Sistema penal y hacinamiento carcelario. Análisis al estado de cosas inconstitucionales en las prisiones colombianas*. REVISTA JURÍDICA DERECHO. 2015. Pág. 20.
- Omar Huertas-Díaz e Iván Morales-Chinome. *El sistema de responsabilidad penal para adolescentes: la expansión de la punibilidad en el neopunitivismo colombiano*. REVISTA GUILLERMO DE OCKHAM. (2013). Págs. 69-78.
- Omar Huertas-Díaz, José Saúl Trujillo-González y Astelio Silvera-Sarmiento. *Perspectivas de los derechos humanos y la libertad en contextos de sistemas penitenciarios*. ANÁLISIS POLÍTICO. 2015. Págs. 115-134.
- Omar Huertas-Díaz, Linda Layda López-Benavides y Carlos Mario Malaver-Sandoval. *La colonia penal de oriente, último rezago del positivismo jurídico penal (Acacias, Meta, Colombia)*. DIÁLOGOS DE SABERES. 2011. Págs. 139-150.
- Resolución 7302 de 2005 [Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-Inpec, Ministerio del Interior y de Justicia]. Por medio de la cual se revocan las Resoluciones 4105 del 25 de septiembre de 1997 y número 5964 del 9 de diciembre de 1998 y se expiden pautas para la atención integral y el Tratamiento Penitenciario. Diciembre 8 del 2006. DO 46476.
- Santiago Mir Puig. *FUNCIÓN DE LA PENA Y TEORÍA DEL DELITO EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO*. Bosch. (1982).