

ARIZA HIGUERA, LIBARDO JOSÉ. HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, NORBERTO. "Comentario a la sentencia SP3339-2020 [Radicado 52708 (09-09-20) CSJ]. Jurisdicción ordinaria versus jurisdicción indígena y alternatividad penal de conformidad con el Convenio 169 de la OIT", *Nuevo Foro Penal* 97, (2021)

Comentario a la sentencia SP3339-2020 [Radicado 52708 (09-09-20) CSJ]. Jurisdicción ordinaria versus jurisdicción indígena y alternatividad penal de conformidad con el Convenio 169 de la OIT.
Commentary on Judgement SP3339-2020 [52708 (09-09-20) Supreme Court of Justice]. Ordinary jurisdiction versus indigenous jurisdiction and criminal alternative in accordance with ILO Convention 169.

LIBARDO JOSE ARIZA HIGUERA*
NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ**

Antecedentes.

Un indígena Totoroéz o Tontotuna, fue condenado por la jurisdicción ordinaria tras ser hallado penalmente responsable del delito de inasistencia alimentaria. En su contra se impuso una pena principal de 32 meses de prisión y multa por valor

* Profesor de la Universidad de los Andes. Director del Grupo de Prisiones. Correo electrónico: lj.ariza20@uniandes.edu.co

** Profesor de la Pontificia Universidad Javeriana. Tutor del Semillero en Derecho Penitenciario. Correo electrónico: norberthernandezj@javeriana.edu.co

equivalente a 20 salarios mínimos mensuales legales. A su favor se concedió el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Dentro del trámite de segunda instancia, que confirmó la decisión del *a quo*, se ofició al Gobernador del Resguardo Indígena de Totoró con miras a establecer si por parte de la Jurisdicción indígena se reclamaba la competencia sobre este asunto, sin recibir respuesta.

De la jurisdicción.

Con el objetivo de nulificar el proceso (artículo 181-2 de la Ley 906 de 2004), la casacionista señaló que el proceso era de conocimiento de la jurisdicción Especial Indígena, ya que el delito aconteció dentro de su territorio, por un miembro del Resguardo Indígena de Totoró. Este reproche fue coadyuvado por el Ministerio Público.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, tras realizar un repaso por los requisitos establecidos jurisprudencialmente para determinar la competencia de la jurisdicción Especial Indígena (personal, territorial, objetivo e institucional u orgánico) y encontrar acreditados los tres primeros, desvirtuó la configuración del factor institucional u orgánico, al no existir ánimo de activación material de esa jurisdicción.

Lo anterior aunado al precedente de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura (auto del 1º de marzo de 2017, Radicado 11001010200020160211200), en donde la autoridad indígena de Totoró se declaró incapaz de asumir otro asunto sometido a su consideración en el mes de marzo de 2016, por carecer de los medios para hacer comparecer al infractor. Nuestro Tribunal de casación apoya su posición en la sentencia T-1238 de 2004, en donde se señaló que la autoridad indígena debe exteriorizar su decisión de adelantar el juzgamiento, lo que no ocurrió en el presente caso.

Este caso plantea un asunto clave para establecer el alcance y contenido de la Jurisdicción Especial Indígena en los términos del artículo 246 de la Constitución Política y que, sin embargo, se suele soslayar: la relación entre el fuero indígena, la garantía de juez natural y la acreditación del factor institucional. En efecto, el análisis del aspecto subjetivo suele cobijar dos asuntos distintos, aunque estrechamente relacionados entre sí. En primer lugar, se concentra en analizar la pertenencia identitaria del sujeto que es acusado de haber cometido la conducta reprochable. En este caso, las discusiones antropológicas más amplias sobre qué significa ser

culturalmente distinto, de manera explícita o no, permean los debates en torno al alcance de dicha diferencia para efectos de determinar cuál es la autoridad competente para juzgar a un individuo que reclama ser portador de dicha identidad. Por otra parte, se ocupa de establecer si la Jurisdicción Especial Indígena supone la consagración de un fuero personal para los miembros de una comunidad o si se trata de un derecho del pueblo indígena a administrar justicia de acuerdo con su sistema normativo propio. Mientras que el primer aspecto suele suponer una apelación a la definición de la alteridad, el segundo suele concentrarse en definir el significado y alcance de las formas jurídicas que expresan el carácter pluriétnico y multicultural del Estado colombiano. Al respecto ha señalado la Corte Constitucional lo siguiente:

El fuero es por una parte un derecho subjetivo que tiene como finalidad proteger la conciencia étnica del individuo y garantizar la vigencia de un derecho penal culpabilista; y por otra, una garantía institucional para las comunidades indígenas en tanto protege la diversidad cultural y valorativa, y permite el ejercicio de su autonomía jurisdiccional. La jurisdicción especial indígena, entretanto, es un derecho autonómico de las comunidades indígenas de carácter fundamental; para su ejercicio deben atenderse los criterios que delimitan la competencia de las autoridades tradicionales de acuerdo con la jurisprudencia constitucional. Entre esos elementos, el fuero indígena ocupa un papel de especial relevancia, aunque no es el único factor que determina la competencia de la jurisdicción indígena, puesto que esta se define (también) en función de autoridades tradicionales, sistemas de derecho propio, y procedimientos conocidos y aceptados por la comunidad. Es decir, en torno a una institucionalidad.¹

La pregunta clave que se intenta responder cuando se pone en marcha este criterio es si la persona es o no indígena para efectos jurídicos. Esto último es especialmente importante para entender el sentido del ejercicio que desarrollan los operadores jurídicos en esta materia pues, perfectamente, pueden establecer que la persona pertenece a la comunidad, que es indígena, pero que, para efectos del caso concreto, escapa de la competencia de las autoridades tradicionales. Este complejo ejercicio jurídico identitario ha dado lugar a la inclusión del análisis biográfico del agente, cuyo peso relativo en la solución de controversias muestra una posición más amplia –en el sentido político y filosófico- sobre el alcance del reconocimiento del pluralismo étnico y cultural.

Se puede decir que el denominado factor subjetivo comprende, a su vez, tanto un elemento sustantivo –qué significa ser étnica y culturalmente diferente-

1 Corte Constitucional, sentencia C-463 de 2014.

como una garantía procesal, esto es, ser juzgado por sus propias autoridades. De esta manera, cuando las autoridades indígenas deciden no asumir la competencia de un caso pueden estar afectado dicha garantía y desconocer el fuero en tanto protección procesal de la identidad étnica y culturalmente diferenciada. Así como no es suficiente que las autoridades indígenas declaren que están dispuestas a conocer del caso para que este sea trasladado a la Jurisdicción Especial Indígena, tampoco podría serlo su silencio o no disposición para trasladar automáticamente el caso a la jurisdicción penal ordinaria.

Entre estas dos posibilidades, ambas indeseables, se encuentra un espectro de situaciones que debe ser estudiado con mayor detenimiento por la jurisprudencia. Si, por ejemplo, las autoridades indígenas no actúan diligentemente para conocer un caso de un miembro de su comunidad, esto no puede suponer que este pierda su fuero. Como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia T-208 de 2015, las autoridades indígenas son autoridades judiciales y esto supone un deber de diligencia en materia de administración de justicia al que no se puede renunciar de manera arbitraria. Otro asunto distinto es que no cuenten con la fortaleza institucional para asumir un determinado caso en el que se exige mayor capacidad para imponer sanciones, pero muestren disposición para hacerlo y quieran ejercer la potestad que consagra el artículo 246 superior. En este evento, debería generarse un proceso de fortalecimiento y acompañamiento a la jurisdicción especial indígena que permita el ejercicio de sus facultades, la garantía del juez natural y el respeto por el fuero como expresión del respeto por la diversidad étnica y cultural.

De las alternativas al encarcelamiento para indígenas.

Por otra parte, argumenta la casacionista que se configuró un error hermenéutico frente a las normas que regulan el presente caso (artículo 181-1 de la Ley 906 de 2004) y que hacen parte del bloque de constitucionalidad (artículos 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT), al no aplicarse sanciones diversas al encarcelamiento. En consecuencia, solicita la nulidad de lo actuado, lo que no se corresponde con la técnica de este recurso extraordinario, al enfocar su reproche en la violación directa de la ley sustancial. A esto debe sumarse la trasgresión del principio lógico de no contradicción², atendiendo el primer cargo (relacionado con el debate *jurisdicción ordinaria versus jurisdicción indígena*) y el posterior reconocimiento de la jurisdicción

2 Sobre el tema ver HERNÁNDEZ, N. "Aproximación a la casación penal desde un análisis principialístico". REVISTA DE DERECHO PÚBLICO, No. 25, pp. 20-21, 2010.

ordinaria, pero realizando una interpretación errónea del Convenio 169 de la OIT, para que esa misma jurisdicción ordinaria, lo interprete de manera adecuada.

Ahora bien, omite la casacionista que con independencia de haberse dado aplicación al Convenio 169 de la OIT, que en su artículo 10-2 señala que se deben preferir otros tipos de sanciones diferentes al encarcelamiento, en el presente caso si bien se condenó al indígena Totoroéz o Tontotuna a una pena privativa de la libertad, la misma fue suspendida, en virtud de la concesión del subrogado penal consagrado en el artículo 63 del Código Penal³. Es decir que, en definitiva, no se privilegió el encarcelamiento de este sujeto, contrario a la dinámica del encarcelamiento generalizada en nuestro país.

Adicionalmente, comoquiera que el indígena Totoroéz o Tontotuna fue judicializado por la jurisdicción ordinaria, debía aplicarse el sistema punitivo establecido en la misma, conforme lo demandan los principios de legalidad e igualdad.

Del enfoque diferencial penitenciario.

A pesar de la anterior solución, no se debe olvidar la situación especial de los indígenas privados de la libertad y el mandato contenido en el artículo 3A del Código Penitenciario y Carcelario (adicionado por el artículo 2° de la Ley 1709 de 2014).

Como se menciona en la sentencia T-388 de 2013, estas personas cuentan con un lenguaje cultural propio y no puede asumirse que es su deber ser bilingües, lo que en ausencia de traducción intercultural imposibilita tanto el conocimiento de sus derechos, como la posibilidad de realizar reclamos y por eso son percibidos por los funcionarios del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), como individuos tranquilos, que no causan ningún problema. Este desconocimiento va en detrimento del arraigo del indígena, ya que se le desconecta de su comunidad y de sus seres queridos, siendo ubicados sin ninguna consideración atinente a su calidad⁴. Por ende, se debe prestar especial atención a la privación de la libertad de estos sujetos, con independencia de la jurisdicción que haya proferido la condena en su contra y teniendo en cuenta la necesidad de la pena, tras confrontar la gravedad del delito, que en materia de inasistencia alimentaria no parece ser significativa⁵.

3 Sobre el tema ver HERNÁNDEZ, N. *El derecho penal de la cárcel. Una mirada al contexto colombiano con base en el giro punitivo y la tendencia al mayor encarcelamiento*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Universidad EAFIT, pp. 292-299, 2018.

4 *Ibidem*, p. 109.

5 Para un análisis sobre este delito y su aplicación en el sistema de enjuiciamiento penal colombiano,

Como lo señala la Corte Constitucional en la ya citada sentencia T-208 de 2015,

La Sala observa que la invisibilización del indígena recluido en cárceles del sistema ordinario no puede darse en las instancias encargadas de la ejecución de la pena. Por el contrario, ellas deben contribuir a la construcción de un **proceso de resocialización étnicamente diferenciado**, el cual permite que el indígena, a pesar de ser excluido de su territorio y de su comunidad durante el tiempo de la condena, pueda vincularse nuevamente a su entorno cultural específico una vez la haya cumplido.

De los mecanismos de coordinación e interlocución entre las comunidades y las autoridades nacionales, para que en el cumplimiento de la sanción, se respete el principio de diversidad étnica y cultural.

En la sentencia objeto de este comentario se hace mención a este tema, haciendo referencia a lo desarrollado por la Corte Constitucional mediante sentencia T-097 de 2012. Esto se traduce en la posibilidad de que los indígenas sean privados de la libertad en establecimientos de reclusión especiales, dispuestos para este efecto por el INPEC, en los cuales se pueda concretar el enfoque diferencial señalado por el legislador del año 2014.

Esto no debe confundirse con la posibilidad, en sede de jurisdicción ordinaria, de aplicar una consecuencia jurídica diferente a aquellas que se encuentra consagradas en el Código Penal, pero sí se deben preferir las sanciones diferentes al encarcelamiento, siempre y cuando se encuentren establecidas en la legislación penal, lo que se puede concretar a través de los mecanismos sustitutivos, que permiten la suspensión de la pena o la liberación temprana. *Contrario sensu*, la administración del castigo en sede de jurisdicción indígena, en donde se deben respetar los métodos a los que estos pueblos recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, verificando su compatibilidad con el sistema jurídico nacional y los derechos humanos (artículo 9 del Convenio 169 de la OIT). La respuesta en este ámbito no requiere en lo absoluto correspondencia con la privación de la libertad del indígena.

ver HERNÁNDEZ, N. "¿A lo imposible nadie está obligado? Una mirada crítica de su aplicación dentro del sistema penal colombiano a propósito de la obligación alimentaria." *Revista de derecho*, No. 43, pp. 322-349, 2015.