

## VICISITUDES DE LA JUSTICIA INDÍGENA: EL DILEMA DE LOS CASTIGOS ANCESTRALES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA<sup>1</sup>

Vicissitudes of indigenous justice: the dilemma of ancestral punishments in the jurisprudence of the Constitutional Court of Colombia

BORIS CARVAJAL RENZA<sup>2</sup>

FRANKLIN DÍAZ POLANCO<sup>3</sup>

*Universidad Cooperativa de Colombia*

### Resumen

El presente escrito reflexiona sobre una discusión vigente en Colombia: la imposición de sanciones corporales por parte de las autoridades indígenas a quienes infringen normas establecidas por sus comunidades. Prácticas sancionatorias, como el cepo, la flagelación y la expulsión del territorio, podrían afectar la dignidad de la persona al desconocer derechos fundamentales previstos en la Constitución Política, entre ellos el debido proceso y el mandato en virtud del cual nadie será sometido a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. Se presentan así tensiones entre los usos y costumbres ancestrales inherentes a la cosmovisión indígena y los principios constitucionales de obligatoria observancia para todos los habitantes del territorio nacional, incluidos los grupos étnicos, lo que genera unos límites difusos que se tratarán de dilucidar en este documento.

### Palabras clave

Jurisdicción indígena; Constitución Política; sanciones.

### Abstract

This paper reflects on a current discussion in Colombia: the imposition of corporal punishment by indigenous authorities on those who violate norms established by their communities. Sanctioning practices, such as stocks, flogging and expulsion from the territory, could affect the dignity of the person by ignoring fundamental rights provided for in the Political Constitution, including due process and the mandate by which no one will be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. Thus, tensions arise between the ancestral uses and customs inherent to the indigenous worldview and the constitutional principles of obligatory observance for all the inhabitants of the national territory, including ethnic groups, which generates diffuse limits that will be tried to elucidate in this document.

### Key words

Indigenous jurisdiction; Political Constitution; sanctions.

---

<sup>1</sup> Este comentario de jurisprudencia es producto de un proyecto ejecutado al interior de la Universidad Cooperativa de Colombia. Los autores declaran sus contribuciones al presente comentario de jurisprudencia, utilizando la taxonomía CRediT: Conceptualización: Boris Carvajal (60%), Franklin Díaz (40%); Investigación: Boris Carvajal (60%), Franklin Díaz (40%); Metodología: Boris Carvajal (70%), Franklin Díaz (30%); Administración del proyecto: Boris Carvajal (100%); Redacción - borrador original: Boris Carvajal (90%), Franklin Díaz (10%); Redacción - revisión y edición: Boris Carvajal (70%), Franklin Díaz (30%). Agradecimiento especial a los estudiantes John Stiven Monje Rojas, Yirdey Camila Rodríguez Forero y Karen Yulieith Lizcano Ninco, estudiantes del programa de Derecho e integrantes del Semillero Themis coordinado por el profesor Boris Carvajal Renza.

<sup>2</sup> Magíster en Derecho Público de la Universidad Surcolombiana, Neiva, Colombia; especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás, Bogotá, Colombia; abogado de la Universidad del Cauca, Popayán, Colombia. Profesor del área de Derecho Público de la Universidad Cooperativa de Colombia. Correo electrónico: boris.carvajal@campusucc.edu.co; ORCID: 0000-0002-5982-187X.

<sup>3</sup> Magíster en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad de Santo Tomás, Bogotá, Colombia; abogado de la Universidad Libre de Colombia. Profesor del área de Derecho Público de la Universidad Cooperativa de Colombia. Correo electrónico: franklin.diaz@campusucc.edu.co; ORCID: 0000-0002-3525-345.

## Introducción

En la actualidad la mayoría de los países son culturalmente diversos lo que genera una serie de cuestiones potencialmente divisivas como la autonomía regional, la representación política y las reivindicaciones territoriales, de tal manera que *“encontrar respuestas moralmente defendibles y políticamente viables a dichas cuestiones constituye el principal desafío al que se enfrentan las democracias en la actualidad”*, no existiendo *“respuestas simples o fórmulas mágicas”* para resolverlas<sup>4</sup>.

En el caso de América, el reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas por los Estados ha generado un debate inédito: ¿cómo incluir su derecho a la libre determinación, a su autonomía, con base en las reglas constitucionales existentes?<sup>5</sup>. Esta controversia no es ajena a Colombia, un país que, por una parte, protege y reconoce la diversidad étnica y cultural, y, por la otra, prevé mecanismos para garantizar los derechos fundamentales de todos los habitantes del territorio nacional, incluidas los miembros de las comunidades indígenas, cuando son amenazados o vulnerados por sus autoridades legítimamente constituidas.

El debate se encuentra alimentado por el hecho de que la Constitución reconoce la jurisdicción especial que le otorga autonomía a las autoridades para aplicar al interior de sus territorios las normas y procedimientos ancestrales, sin embargo, esta potestad no es plena al estar sujeta a restricciones para su ejercicio. En el plano internacional el Estado se ha comprometido a promover y garantizar los derechos de sus pueblos indígenas para superar las prácticas discriminatorias, responsabilidades estas derivadas, entre otros tratados, del Convenio 169 de la OIT ( Organización Internacional del Trabajo ) sobre Pueblos Indígenas y Tribales<sup>6</sup>.

Colombia ha sido uno de los países pioneros en América en incorporar el pluralismo en la Constitución como una forma de responder a la diversidad cultural de la nación<sup>7</sup>. De hecho, la comunidad étnica en Colombia se ha incrementado en los últimos años.

Cifras oficiales<sup>8</sup> señalan que de acuerdo al último censo realizado en el país en el año 2018 la población indígena en Colombia representa el 4.4% de todos los habitantes del país, la que equivale a un incremento del 36,8% comparada con el censo del 2005, existiendo actualmente 115 pueblos indígenas. El aumento se explica no solamente por el nivel de procreación sino también por la mejor cobertura en territorios con predominio indígena y el mayor auto reconocimiento étnico. Los pueblos más numerosos son los Wayuu, Zenú, Nasa y Pastos que concentran el 58,1% de la población indígena del país. No fueron censados los grupos Jurumi, Passe y Yuri por respeto a su derecho a no ser contactados y permanecer en aislamiento voluntario, siendo por lo tanto sujetos de especial protección legal lo cual significa que no serán intervenidos, ni objeto de políticas, programas o acciones, estatales o privadas<sup>9</sup>.

En consecuencia, abordar el tema planteado resulta pertinente en cuanto conlleva al estudio de un fenómeno de impacto social en ascenso. Esto es, como conciliar el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural propia de los pueblos indígenas frente a la vigencia de los derechos humanos consagrados y aceptados por la cultura mayoritaria en la Constitución y tratados internacionales, lo que debería suponer la aceptación de cosmovisiones y estándares axiológicos diversos a fin de cristalizar una vida digna para todos.

Siguiendo este hilo conductor, el problema que se buscó resolver en la investigación es si la imposición de sanciones corporales por parte de las autoridades indígenas desconocen principios establecidos en la Constitución Política, como los que proscriben las penas

---

<sup>4</sup> KYMLICKA (1996), p. 12. Will Kymlicka se ha posicionado como uno de los académicos contemporáneos más influyentes en el escenario internacional por sus estudios sobre los problemas étnicos y la convivencia cultural. En una de sus obras realiza un importante aporte sobre la base filosófica de las políticas multiculturales.

<sup>5</sup> GONZALEZ (2002), p. 21.

<sup>6</sup> Aprobado mediante Ley N° 21, de 1991.

<sup>7</sup> BLANCO (2006), p. 64.

<sup>8</sup> DANE (2019).

<sup>9</sup> Decreto Ley N° 4633, de 2011, art.17.

degradantes, crueles o que atentan contra la dignidad de las personas; o si por el contrario, dichas sanciones son encontradas justificadas al hacer parte de la cultura y tradiciones ancestrales de las comunidades indígenas, debiendo en consecuencia ser acatadas y respetadas por sus destinatarios.

El trabajo que se presenta es fruto de una investigación exploratoria. El método utilizado es cualitativo en cuanto se orienta a ofrecer elementos de juicio para la mejor comprensión de un fenómeno social, se nutrió de distintas fuentes, en especial de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y la doctrina nacional y extranjera. Tiene un enfoque hermenéutico jurídico ya que analiza el alcance de normas en escenarios facticos concretos.

El tema se expone en cuatro acápites. Para iniciar se abordará en contexto la génesis de la jurisdicción especial indígena. En un segundo acápite se tratará la autonomía de las autoridades indígenas versus las restricciones constitucionales definidas para su ejercicio, esto con el propósito de asegurar la protección de los derechos fundamentales. Posteriormente, se revisará el marco de referencia definido por la Corte Constitucional para el ejercicio de las competencias de la jurisdicción especial indígena. En cuarto lugar se analizarán las sanciones de los pueblos indígenas, se hará énfasis en algunos castigos en particular y se contrastarán estas prácticas con la jurisprudencia y la doctrina. Finalmente, el artículo se clausura con unas conclusiones.

## 1. Contextualización. La jurisdicción especial indígena

Cuando a comienzos de febrero de 1991 se instaló en Colombia la Asamblea Nacional Constituyente, que cinco meses después expediría la actual Carta Política, entre sus 70 integrantes se encontraban dos representantes de las comunidades indígenas: Lorenzo Muelas, miembro de la etnia guambiana, y Francisco Rojas Birry del pueblo Emberá. Ello significó un triunfo para el movimiento indigenista y de paso se rompieron paradigmas de la sociedad colombiana en el campo de la participación política, al posibilitarle representación en un espacio que sería epicentro de trascendentales decisiones que marcarían el futuro del país.

La estrategia orientada a lograr mayor visibilidad, reconocimiento y poder nacional fue efectiva<sup>10</sup>: Colombia se proclamó como una república pluralista<sup>11</sup> que protege la diversidad étnica y cultural de la Nación<sup>12</sup>, se creó una circunscripción especial en el Congreso<sup>13</sup>, se le otorgó a los territorios indígenas el estatus de entidad territorial junto con los departamentos, municipio y distritos, y se reconoció la Jurisdicción Especial Indígena ( En adelante la JEI ).

Respecto a la JEI se estableció en el texto constitucional: *“Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial como el sistema judicial nacional<sup>14</sup>”*.

Se observa que, si bien la Carta Magna reconoce independencia en las autoridades indígenas para administrar justicia dentro de su ámbito territorial, de acuerdo a sus costumbres, también limita ese accionar estableciendo que no debe desbordar el marco de los principios constitucionales y la legislación nacional.

El alcance de las restricciones a que está sometida la JEI es un asunto complejo que en muchos casos concretos no es fácil de dilucidar. Se presentan a menudo colisión de principios constitucionales como el de protección de la diversidad étnica y cultural versus el derecho fundamental a la igualdad, el debido proceso o la dignidad humana, que amparan al investigado y la víctima.

---

<sup>10</sup> SANDOVAL (2015).

<sup>11</sup> Constitución Política de Colombia, de 1991, art.1.

<sup>12</sup> Constitución Política de Colombia, de 1991, art.7.

<sup>13</sup> Constitución Política de Colombia, de 1991, art. 171 y 176.

<sup>14</sup> Constitución Política de Colombia, de 1991, art. 246.

En este sentido la Corte Constitucional se ha encargado de definir el alcance y los límites de la JEI mediante la revisión de acciones de tutelas<sup>15</sup> instauradas por indígenas, directamente o a través de agentes oficiosos, que han considerado vulnerados sus derechos fundamentales durante el juzgamiento o mediante la imposición de castigos a su juicio degradantes o que afectan su integridad física. También ha dirimido conflictos en los que el investigado sin tener la calidad de indígena ha sido procesado por la JEI.

Estas intervenciones de la Corte la han convertido en la práctica en un verdadero legislador positivo, a pesar de los riesgos que para muchos ello entraña. Aun así, no se desconoce el valioso aporte jurisprudencial al llenar vacíos legales y definir el alcance de norma constitucionales que permean el binomio Estado-comunidad indígena, lo cual resulta necesario si se tiene en cuenta que no obstante haber dispuesto la Constitución de 1991 que el Congreso establecerá las formas de coordinación de la jurisdicción especial indígena con el sistema judicial nacional, la realidad es que hoy, más de 30 años después, dicho mandato no se ha materializado a pesar de su trascendencia.

En general, el reconocimiento de los derechos de las colectividades indígenas ha sido fruto de la lucha y de procesos de negociación durante muchos años frente a la usurpación de sus tierras, el aniquilamiento gradual de sus culturas y la constante discriminación que han debido afrontar, por lo que es necesario no perder de vista que el pluralismo que inspiró al constituyente de 1991 conllevó también a que hoy sean titulares, entre otros no menos importantes, del derecho a la JEI<sup>16</sup>.

Es oportuno recordar que si bien una de las grandes luchas de los pueblos indígenas ha gravitado en torno a su autonomía y el derecho a la libre determinación, estas, en la mayoría de los casos, se encuentran desprovistas de pretensiones separatistas al perseguir en esencia su reconocimiento, la aceptación de sus cultura y el deseo de participar activamente en las dinámicas de los Estados<sup>17</sup>.

Así las cosas, es claro que las comunidades indígenas conforman verdaderas organizaciones, ejercen poder sobre los miembros que la integran, tienen su propia estructura de gobierno y realizan control social<sup>18</sup>.

## 2. Justicia indígena. Entre la autonomía y las restricciones

Ya se ha colocado de presente que Colombia es un Estado social de derecho protector de la diversidad étnica y cultural. Es una forma de admitir y exaltar la pluralidad de saberes y formas de vivir que coexisten en el territorio nacional<sup>19</sup>.

De este principio fundamental se desprende el reconocimiento expreso que la Constitución Política de 1991 hace a la jurisdicción especial indígena, entendida esta como la autonomía que poseen las autoridades indígenas para administrar justicia en sus territorios de conformidad con sus normas y procedimientos ancestrales, pero también sujeta a unos límites. El alcance de esta autonomía la ha venido desarrollando por vía jurisprudencial la Corte Constitucional, estableciendo sus facultades y restricciones en multiplicidad de fallos de tutela.

En relación con las potestades de la JEI, y en aras de proteger la diversidad cultural y las tradiciones indígenas, la Corte ha definido dos principios cardinales para orientar la solución de conflictos: en primer lugar, el principio de maximización de la autonomía indígena y, en segundo lugar el principio de minimización de las restricciones<sup>20</sup>, en virtud del cual son admisibles las

---

<sup>15</sup> Facultad otorgada por la Constitución Política en el artículo 241, numeral 9. La acción de tutela es un mecanismo previsto en la Constitución Política (Art. 86) que puede ser invocado por cualquier persona ante un juez de la república para la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. El procedimiento es preferente y sumario, no podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de la tutela y su resolución.

<sup>16</sup> RODRÍGUEZ (2015), p. 13.

<sup>17</sup> FIGUERA (2015).

<sup>18</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-254, de 30 de mayo de 1994.

<sup>19</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-387, de 3 de septiembre de 2020.

<sup>20</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-254, de 30 de mayo de 1994. En ese fallo fueron abordados por primera vez los principios en mención.

limitaciones cuando se requiera proteger intereses de mayor jerarquía la interpretación y, de otra parte, sean menos gravosas, frente a otras opciones, para el ejercicio de la autonomía.

Respecto a las restricciones estas se explican en tanto el accionar de la JEI debe armonizar con la Constitución Política y las leyes de la república. Así lo determina expresamente la Carta Política y se ratifica en copiosa jurisprudencia constitucional la cual señala que, si bien las comunidades indígenas gozan de independencia al administrar justicia, paralelamente se debe respetar el núcleo esencial de los derechos fundamentales.

Un ejemplo ilustrativo encuentra en una sentencia del año 2018<sup>21</sup>. La Corte amparó el derecho al debido proceso de un ex miembro de las FARC - EP ordenando a la autoridad indígena remitir a la Jurisdicción Especial para la Paz-JEP las actuaciones adelantadas dentro de un proceso penal adelantado contra el accionante por el homicidio de un sabio ancestral y por el que fue condenado a 40 años de prisión.

En este caso, el tutelante reclamó su derecho a ser beneficiario de un tratamiento penal especial derivado del Acuerdo de Paz suscrito entre el gobierno nacional y las extintas FARC-EP, por lo que solicitó fuese trasladado del centro de reclusión del INPEC<sup>22</sup>, donde se encontraba, a las zonas veredales transitorias de normalización, con el propósito de continuar cumpliendo allí su condena y ser sometido a la JEP. Las autoridades ancestrales indígenas se opusieron argumentando en su favor la autonomía jurisdiccional para procesar a miembros de su comunidad y, de otra parte, no estar relacionados los hechos por los que se le juzga con la militancia del procesado en las FARC-EP o ser conexos con el conflicto interno.

La Corte Constitucional consideró que el marco jurídico del Acuerdo Final para la Paz fue elevado a rango constitucional mediante Acto Legislativo 1 de 2017, que la paz es un valor, derecho, deber de obligatorio cumplimiento y un presupuesto para la vigencia del Estado social de derecho, y que la justicia transicional fue instituida como mecanismo para alcanzar la paz y la reconciliación, por lo que el caso debería ser valorado por la JEP dada la especial situación del sentenciado. Finalmente, advirtió la necesidad de que al interior de la JEP se garantizaran espacios de dialogo jurisdiccional intercultural que faciliten tomar en consideración los planteamientos de las autoridades indígenas.

Precisamente, el derecho fundamental al debido proceso<sup>23</sup>, ha dicho la Corte, es un límite jurídico-material de la JEI en cuanto cualquiera sea el contenido de sus normas y procedimientos estos deben respetar las garantías y principios contenidos en la norma del Texto Superior.

Ahora bien, en diversas situaciones de la cotidianidad no es fácil establecer si la aplicación de ordenamiento jurídico indígena vulnera o no la Carta Política. Por ello la Corte Constitucional ha establecido una serie de reglas mínimas que deben ser observadas por la JEI en relación con el debido proceso, y que se sintetizan a continuación<sup>24</sup>.

- a. *El principio del juez natural.* Conlleva al reconocimiento del “fuero indígena” entendido este como: “...el derecho del que gozan los miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, para 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 ”<sup>25</sup>.

El fuero indígena integra así dos elementos: (i) el personal, en virtud del cual el procesado debe pertenecer a una comunidad indígena, y (ii) el territorial, que impone la necesidad de que la conducta debe ser cometida dentro de los límites del resguardo. Por ello se afirma que las

<sup>21</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-365, de 4 de septiembre de 2018.

<sup>22</sup> Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

<sup>23</sup> Constitución Política de Colombia, de 1991, art. 29.

<sup>24</sup> Estos criterios fueron reiterados en Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-510, de 11 de diciembre de 2020.

<sup>25</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-728, de 5 de septiembre de 2002.

autoridades ancestrales son el juez natural para conocer de los ilícitos cometidos por miembros de la comunidad indígena.

- b. *La presunción de inocencia*. La responsabilidad individual debe ser establecida a través de las pruebas que las autoridades indígenas consideren relevantes y suficientes.
- c. *El derecho de defensa*. Al igual que en la justicia ordinaria, el procesado tiene derecho a actuar en favor de sus intereses, conocer de que se le acusa y confrontar las pruebas<sup>26</sup>.
- d. *Prohibición de aplicar la responsabilidad objetiva*. Es necesario determinar la culpabilidad individual del procesado lo cual impone la exclusión de sanciones sin que medie una valoración del elemento subjetivo dado que se encuentra proscrita la responsabilidad objetiva<sup>27</sup>.
- e. *Principio non bis in ídem*. Las autoridades indígenas deben abstenerse de sancionar dos veces una misma conducta, sin embargo la jurisprudencia admite la posibilidad de que se impongan varios castigos frente a una misma investigación cuando estos cumplen diferentes finalidades acorde a la cosmovisión del grupo indígena<sup>28</sup>.
- f. *No obligatoriedad de segunda instancia*. Es razonable que conforme al diseño del aparato judicial indígena no se contemple la impugnación de las decisiones de las autoridades a fin de que un superior jerárquico las revise.
- g. *Razonabilidad y proporcionalidad de las penas*. Constitucionalmente no se aceptan castigos desproporcionados que conlleven a graves daños físicos o morales<sup>29</sup>.
- h. *Principio de legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas*. Se debe entender bajo la perspectiva de la “previsibilidad” de las actuaciones de las autoridades indígenas, ello significa que el investigado pueda prever o predecir.

### 3. Competencia de las autoridades ancestrales, un asunto complejo. Criterios de aplicación

La Corte Constitucional ha venido desarrollando gradualmente el radio de acción de la JEI. De esta manera se han identificado los elementos que habilitan a las autoridades indígenas para administrar justicia. Se busca con ello garantizar a plenitud el debido proceso que la asiste al investigado, y de otra parte los derechos del afectado, y en general de su comunidad, con la conducta del presunto infractor.

En este contexto, la Corte Condicional en su más reciente jurisprudencia sobre el tema<sup>30</sup>, reiteró en el año 2022 los siguientes cuatro factores para determinar la competencia de la JEI: personal (i), territorial (ii), objetivo (iii) e institucional, los cuales se explican a continuación.

#### 3.1. El factor personal

Implica la necesidad de revisar que el procesado sea parte de la comunidad indígena que lo investiga. Esta condición se puede establecer a través del censo indígena del Ministerio del Interior y los censos que deben realizar las propias autoridades de las comunidades indígenas para identificar y caracterizar a sus miembros; sin embargo, estos no son los únicos instrumentos, ya que finalmente, ha señalado la Corte, la calidad de indígena se obtiene a partir de la conciencia e identidad del sujeto sobre su pertenencia a un grupo étnico, y la aceptación por parte de la comunidad de dicha pertenencia<sup>31</sup>.

<sup>26</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-098, de 20 de febrero de 2014.

<sup>27</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-523, de 6 de julio de 2012.

<sup>28</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-549, de 19 de julio de 2007.

<sup>29</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-496, de 26 de julio de 2013.

<sup>30</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-372, de 21 de octubre de 2022.

<sup>31</sup> Sobre el particular se pueden consultar las sentencias Corte Constitucional de Colombia T-172 de 2019, T-475 de 2019 y T-465 de 2012.

### 3.2. El factor territorial

Impone establecer que los hechos cuestionados se desarrollaron dentro de los límites geográficos del resguardo, por lo que las conductas materializadas por fuera de este ámbito territorial escapan a la competencia de las autoridades indígenas.

El anterior no es un criterio absoluto en la medida que se acepta, en situaciones especiales, una interpretación amplia del concepto territorio, que trasciende al ámbito geográfico, al entenderse también como el entorno en el que la cultura se desenvuelve, por lo que el caso podría ser asumido por la JEI<sup>32</sup>.

Es este el llamado “ efecto expansivo” del territorio, que planteó por primera vez la Corte Constitucional en el 2004<sup>33</sup> al resolver un conflicto intercultural al interior de la etnia Cofan, asentada principalmente al sur del país, Departamento del Putumayo, cuyos miembros conservan la identidad cultural a pesar de su dispersión espacial al habitar amplias zonas de varios municipios, extendiéndose incluso más allá de las fronteras nacionales. En el caso de los cofanes, la Corte dejó sin efecto las actuaciones de la justicia penal ordinaria, que había procesado a un indígena por homicidio, y ordenó colocar al tutelante a disposición del Concejo de Ancianos del pueblo Cofán del municipio de la Hormiga (Putumayo) para que fuera juzgado de acuerdo a sus costumbres.

Cabe señalar que el solo hecho de haber cometido alguien una conducta delictiva en territorio ancestral ello no habilita a las autoridades tradicionales para intervenir. Así lo manifestó la Corte Constitucional al tutelar el derecho al debido proceso de varias personas juzgada por la JEI, en un caso en los que se les acusó por los ilícitos de perturbación del territorio indígena, intento de homicidio, hurto y porte ilegal de armas, a pesar de no ser ellos parte de la comunidad, es decir, no estaban cobijados por el fuero indígena. Se ordenó a las autoridades indígenas remitir el caso a la justicia ordinaria al no estar acreditado el elemento personal que debe recaer en los procesados<sup>34</sup>.

### 3.3. El factor objetivo

Conlleva a establecer la naturaleza del bien jurídico vulnerado con la acción que se investiga. Se busca determinar si el interés en el caso es exclusivo de la comunidad indígena o de la sociedad mayoritaria. Sobre el particular la Corte Constitucional ha edificado las siguientes subreglas<sup>35</sup>:

- Cuando el bien jurídico afectado o su titular es exclusivo de la comunidad indígena, el caso debe ser juzgado por la JEI.
- Cuando el bien jurídico afectado o su titular es exclusivo de la cultura mayoritaria, el caso es de conocimiento de la jurisdicción ordinaria.
- Cuando el bien jurídico afectado, independientemente de la identidad cultural del titular, es de la incumbencia tanto de la comunidad como de la cultura mayoritaria, el factor objetivo no define la solución específica.
- Cuando la acción investigada tiene especial trascendencia o afectación a juicio de la cultura mayoritaria, ello no implica necesariamente que el caso debe ser excluido del conocimiento de la JEI. Frente a esta situación, el operador judicial debe llevar a cabo un

<sup>32</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-397, de 29 de julio de 2016.

<sup>33</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1238, de 12 de diciembre de 2004.

<sup>34</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-208, de 17 de mayo de 2019. En este fallo hubo aclaración de voto de la Magistrada Diana Fajardo Rivera quien compartió la resolución del caso pero se apartó de las razones que sustentaron el fallo.

<sup>35</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-463, de 9 de julio de 2014. La sentencia ilustra ampliamente sobre la competencia y límites de las autoridades indígenas para resolver conflictos. La Corte declara inexecutable el artículo 11 de la Ley 89 de 1890 que establecía: “Las controversias entre indígenas de una misma comunidad, o de éstos contra los Cabildos, por razón de uso de los resguardos o de los límites de las porciones de que gocen, serán resueltas por el Alcalde del Distrito Municipal a que pertenezcan, quien los oír en juicio de policía en la forma que lo indiquen las disposiciones de la materia; cuyas resoluciones serán apelables ante los Prefectos de las Provincias, y las de éstos ante los Gobernadores de Departamento”.

análisis detallado del factor institucional con el propósito de que el envío a la JEI no desemboque en impunidad o desconocimiento del derecho de la víctima.

Por lo dicho, cuando la autoridad indígena reclame ante la justicia ordinaria el derecho a ejercer competencia sobre determinado caso, es necesario que demuestre cual es su comprensión respecto a los perjuicios generados por los hechos, a fin de sopesar el vínculo que estos tendrían con la cosmovisión de la comunidad.

### *3.4. El factor institucional*

Exige verificar que la comunidad indígena posea una estructura jurídica propia compuesta por usos, tradiciones y procedimientos conocidos aceptados por sus miembros.

Es indispensable evidenciar que haya un sistema con la capacidad suficiente para administrar justicia de tal forma que en el marco del debido proceso se reconozcan los derechos del investigado como del afectado evitando escenario de impunidad. En síntesis, bajo este elemento se debe establecer que efectivamente existan autoridades tradicionales y procesos pre establecidos aplicables al caso, y de otra parte que las sanciones a imponer no vulneren la normatividad prevista por el Estado colombiano.

En consecuencia, los anteriores criterios deben ser evaluados en forma conjunta y ponderada. Ninguno prima sobre los demás. Por ello, debe determinarse en forma razonable en cada caso particular si debe activarse o no la competencia de la JEI, verificándose, en resumen, (i) si el supuesto infractor pertenece a una comunidad indígena, (ii) si los hechos ocurrieron dentro de los límites geográficos en que se ubica lo comunidad indígena, (iii) la naturaleza del bien jurídico, y (iv) la existencia de un sistema con capacidad para administrar justicia.

Lo expuesto guarda correlación con Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas plasmada en Convenio No. 169 de la OIT, el cual establece que los Estados deberán respetar los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembro, en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos<sup>36</sup>.

## **4. Las sanciones en los pueblos indígenas. Hacia un consenso cultural mayoritario**

Se ha colocado de presente que la autonomía de las autoridades indígenas para impartir justicia no es plena. La JEI está sometida a barreras de contención con el propósito de evitar actuaciones que constitucionalmente resulten intolerables por afectar los bienes más preciados del ser humano<sup>37</sup>.

Ejemplo de actuaciones de la JEI que riñe con el sistema jurídico nacional, no obstante ser legítimo al interior de las correspondientes etnias, lo constituye la pena de muerte impuesta como castigo por el grupo de los Ticunas, ubicado en el trapecio amazónico entre Colombia, Brasil y Perú, cuyo último caso del que se tiene registro es de 1999 cuando siete indígenas fueron amarrados a troncos de árboles y arrojados a ríos de la región como sanción por haber violado y asesinado a una niña de su comunidad. Igualmente, se conocen prácticas de algunos grupos de los Huitotos donde hurtar una gallina y reincidir en ello conlleva a la amputación de una mano del infractor, costumbre sancionatoria que ha perdurado durante varios siglos.

De otra parte, ciertas comunidades imponen castigos frente a conductas que no son consideradas infracciones por la sociedad mayoritaria, vale decir, que vulneran bienes jurídicos del interés exclusivo del grupo étnico.

---

<sup>36</sup> Artículo 9.1.

<sup>37</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-349, de 8 de agosto de 1996.

Es así como la traición, las relaciones prenupciales, las mentiras, el homosexualismo y la masturbación son penalizadas por los Arzarios que habitan la costa norte colombiana. En el pueblo amerindio Motilón-Barí, asentado en la zona del Catatumbo, en ambos lados de la frontera colombo venezolana, es inadmisibles que sus miembros se casen con “blancos” o miembros de otras etnias; también se castiga a las parejas que conciben hijos con enfermedades físicas o mentales al considerar que ello es producto de una mala acción. Los indígenas Coreguaje, en el departamento del Caquetá, en Colombia, castigan a los perezoso, a quienes cazan y pescan en exceso de lo que requieren para la subsistencia, e igualmente a los padres que no corrigen oportunamente a sus hijos<sup>38</sup>.

En este orden de ideas, la jurisprudencia nacional ha identificado un grupo de bienes que definitivamente son inquebrantables desde la óptica constitucional, y en consecuencia debe ser respetados al interior de al JEI<sup>39</sup>. Estos bienes protegidos son: el derecho a la vida<sup>40</sup>, las prohibiciones de tortura<sup>41</sup> y esclavitud<sup>42</sup>, y la legalidad del procedimiento, de los delitos y las penas<sup>43</sup>.

En relación con estos bienes existe un consenso intercultural mayoritario sobre su trascendencia y por ello han sido incorporados a la legislación positiva y reconocidos en diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, derechos que no son solo valores abstractos, sino un conjunto de prácticas sociales particulares para hacerlos realidad<sup>44</sup>.

#### *4.1. Algunos castigos en particular. Revisión de estándares constitucionales*

La Constitución Política establece que nadie será sometido a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes<sup>45</sup>. Otra barrera constitucional explícita lo constituye la prohibición de imponer penas de destierro y confiscación<sup>46</sup>.

Partiendo del anterior marco de referencia, es oportuno mencionar que subsisten prácticas sancionatorias ancestrales comunes en múltiples etnias que son controversiales desde la perspectiva de la sociedad mayoritaria, e incluso inaceptables en muchos casos por los propios sancionados quienes han acudido a la acción de tutela<sup>47</sup> como mecanismo de protección inmediata de sus derechos fundamentales ya sea para que se evite o cese la vulneración.

En este sentido se abordará a continuación las prácticas del cepo, la flagelación y la expulsión del territorio, sobre las cuales se revisará la posición de la Corte Constitucional y algunos comentarios de la doctrina a fin de establecer si tales castigos se ajustan o no a los estándares constitucionales.

##### *4.1.1. El cepo*

Expertos describen el cepo<sup>48</sup> señalando que consiste en dos maderos aserrados con huecos cilíndricos pequeños y grandes para acomodar los tobillos de personas, de tal manera que en cada madero va la mitad de un cilindro, con el propósito de que, enfrentados los maderos, conformen los cilindros completos. Sobre el madero inferior se colocan las piernas, a la altura de los tobillos, para que el madero superior, al colocarse encima, coincidiendo los huecos, atrape al sancionado -dejándose flojo, con un poco de luz-, el cual no se puede soltar

---

<sup>38</sup> Estos casos han sido documentados por investigadores en desarrollo de un proyecto para el Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, financiada por el Banco Interamericano de Desarrollo - BID, con el propósito de entender mejor las leyes tradicionales de los pueblos indígenas. Así lo registra artículo del periódico El Tiempo.

<sup>39</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-510, de 18 de septiembre de 1998.

<sup>40</sup> Constitución Política, de año 1991, art. 11.

<sup>41</sup> Constitución Política, de año 1991, art. 12.

<sup>42</sup> Constitución Política, de año 1991, art. 17.

<sup>43</sup> Constitución Política, de año 1991, art. 29.

<sup>44</sup> DONNELLY (2011), p. 165.

<sup>45</sup> Constitución Política, de año 1991, art. 12.

<sup>46</sup> Constitución Política, de año 1991, art. 34.

<sup>47</sup> Constitución Política, de año 1991, art. 86.

<sup>48</sup> CABEDO (1998). Citando al respecto a Carlos César Perafán

porque por dichos cilindros no le caben los pies. Los maderos están unidos por una bisagra en el extremo y se aseguran por el otro con un candado.

Agrega que este artefacto es aguantable hasta 24 horas si se usa continuamente, por ello en el caso de infracciones graves se pueden imponer hasta 8 días de cepo, pero con descansos de una hora dos veces al día y con salidas adicionales para efectuar atender sus necesidades fisiológicas.

El cepo como castigo es una práctica varía de acuerdo a las costumbres de cada comunidad. Recientemente la guardia indígena del resguardo Zenú en el municipio de Tuchín en el departamento de Córdoba impuso esta sanción a quienes no acataron la disposición del gobierno de mantenerse en cuarentena en sus casas con ocasión de las medidas para evitar la propagación de la Covid 19, en principio la sanción fue por 20 minutos pero si hay reincidencia se aumenta el tiempo del castigo<sup>49</sup>. Igualmente, la medida está enraizada en la cultura de la comunidad Páez o Nasa, con asiento principal en el Departamento del Cauca.

La Corte Constitucional en vía de revisión de una acción de tutela en la que el accionante sostenía que el castigo del cepo, por el delito de homicidio, implicaba un *trato cruel y degradante*, concluyó que esta práctica se ajustaba a la Constitución al hacer parte de la cultura indígena, y el grupo la considera valiosa y efectiva por su alto nivel de intimidación al ser de corta duración.

Adiciona la Corporación que no obstante los rigores físicos que implica, la sanción se impone sin generar daño a la integridad del sentenciado, por lo que estas características desvirtúan que el castigo sea inhumano, como tampoco se trata de una medida desproporcionada e inútil<sup>50</sup>.

En sentencia de 2013 la Corte reiteró su posición de validar que el cepo por ser un castigo ancestral que no constituye una práctica cruel e inhumana ya que tiene como propósito que el comunero advierta que con su conducta ha afectado a una o unas personas y quebrantado la armonía con la comunidad<sup>51</sup>.

Para algunos sectores el uso del cepo no se legitima por el solo hecho de ser costumbre ancestral. Es evidente en muchos casos que la utilización de este artefacto ocasiona daños a la salud de los castigados y caer en el ámbito de las penas crueles y degradantes. En efecto, en la investigación adelantada por las autoridades indígenas que originó la acción de tutela revisada, una de las personas que estuvo presentes durante la ejecución del castigo del cepo describió de manera gráfica los padecimientos del tutelante, quien además fue sancionado con 44 latigazos y pena de 50 años de prisión: *“El Gobernador indígena...ordenó colgar de los pies a ELÍAS en el cepo y empezaron a indagarlo con una grabadora, y él repetía que es inocente. ELÍAS se puso morado,...y el gobernador ordenó que apretaran más el cepo. ELÍAS gritaba “Bájenme de aquí que soy inocente”. Por último dijo “No soy culpable, pero me echo la culpa, bájenme de aquí, Dios mío”, y se desmayó. Después lo fuetearon con un rejo de tres ramales con nudos. No quiero recordar esos hechos tan dolorosos.”*

A pesar de que la Corte considera estas prácticas constitucionales, advierte sobre la inadmisibilidad de la medida como parte de la investigación ya que pueden reorientarla en un sentido específico, lo que afecta la legalidad del procedimiento, como lo constituye una “confesión” del procesado forzada por el dolor y el sufrimiento ocasionado en desarrollo del proceso penal.

#### 4.1.2. La flagelación

Este castigo, también llamado fuate, se materializa mediante latigazos que recaen en la parte inferior de la pierna del infractor. Su número depende de la gravedad de los hechos investigados. Es un castigo de menor entidad que el cepo.

<sup>49</sup> EL TIEMPO (2020).

<sup>50</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-349, de 8 de agosto de 1996.

<sup>51</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-496, de 26 de julio de 2013.

Sobre el particular la Corte ha manifestado que el uso del fueite no constituye tortura ya que el daño corporal es mínimo, como tampoco es degradante en el entendido de que es una práctica común en los resguardos y que su propósito no es la humillación pública de la persona sino la recuperación de su lugar en la comunidad. El fueite es un ritual con un contenido simbólico que además de sancionar busca que el individuo recupere la paz interior. Para los Paeces representa el rayo siendo el mediador entre el claro y el oscuro por lo que se interpreta como un elemento natural armonizador<sup>52</sup>.

Es discutible asegurar que el uso del fueite no encaja en la categoría de la tortura ya que se practica en diferentes niveles de intensidad. Podría también considerarse un trato inhumano, más aún cuando los azotes son propinados por decisión y con la presencia de toda la comunidad como máxima autoridad del resguardo, lo cual no dejaría de ser humillante y degradante para la persona.

En esta línea de pensamiento algunos autores consideran que flagelación no debería seguir siendo culturizada, ni se debe presentar como un arraigo tradicional de las comunidades indígenas, así se trate de rituales, ya que el concepto de castigo, de maltrato, no cambia entre el humano civilizado y aquel que pertenece a otra forma de organización social, tanto así que la historia de la humanidad inició con esto, tomando por su cuenta el cuerpo humano como receptor de la sanción por cualquier acto que se considerase como violación a alguna regla<sup>53</sup>

#### 4.1.3 La expulsión del territorio

Consiste en la exclusión del sancionado de su comunidad. Se le conoce igualmente como extrañamiento.

La Corte Constitucional ha encontrado este castigo ajustado a la Constitución. Sobre el particular se ha pronunciado en varias sentencias; en una de ellas, el indígena tutelante solicitaba la protección de sus derechos fundamentales a la vida, la igualdad y el debido proceso, ya que, además de la sanción del fueite, se ordenó su expulsión de la comunidad lo que equivale en términos prácticos al destierro, pena prohibida por la Constitución.

La Corte interpretó que el destierro no se configura en cuanto dicha institución implica la expulsión de una persona del territorio del Estado del cual es nacional, así lo establecen tratados internacionales ratificados por Colombia como el Pacto Internacional, de Derechos Políticos y Civiles<sup>54</sup> y la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>55</sup>, en consecuencia al ser desterrado un indígena de su resguardo, y no del país, no se estructura jurídicamente la prohibición constitucional.<sup>56</sup>

A pesar de que la Corte acepta la constitucionalidad del castigo de expulsión del territorio, no sucede lo mismo con dos situaciones, tratadas en la sentencia T-254 de 1994, que están ligadas a dicha medida ya que lesionan derechos fundamentales. Estas situaciones son: la extensión del extrañamiento a los familiares del infractor y la privación de llevar consigo sus bienes cuando abandona el resguardo.

En el primer caso se ha considerado que la pena no debe ir más allá de la persona del sancionado ya que cuando cobija a miembros de su núcleo familiar ajenos a la infracción resulta desproporcionada y contraria a tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos que sobre el Derecho a la integridad personal consagra expresamente que *la pena no puede trascender de la persona del delincuente*<sup>57</sup>. En la tradición Páez una de las responsabilidades del núcleo familiar es conocer y controlar lo que hace cada uno de sus miembros lo cual explica culturalmente que se pueda extender la sanción individual a la familia

---

<sup>52</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-523, de 15 de octubre de 1997.

<sup>53</sup> SIERRA et al. (2020), p. 73.

<sup>54</sup> Artículo 12.

<sup>55</sup> Artículo 5.

<sup>56</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-523, de 15 de octubre de 1997.

<sup>57</sup> Artículo 5, numeral 3.

En la segunda situación, la prohibición del expulsado de irse con sus pertenencias personales, animales u objetos obtenido del trabajo, como el fruto de cultivos, constituye materialmente una medida de confiscación prohibida en la Carta Política<sup>58</sup> al exponer al sujeto pasivo lo junto a la familia en una situación económica de absoluto despojo, indigencia y desventaja económica que los priva de condiciones básicas de subsistencia<sup>59</sup>.

Podría avizorarse una inconsistencia en el anterior pronunciamiento. La Corte admite la constitucionalidad de la expulsión del territorio bajo la premisa que esta área no encaja en el concepto de Estado, como sujeto de derecho internacional, respecto al cual se debería aplicar la noción de destierro, sin embargo sí considera violatorio de la Carta Política el no permitir al sancionado, cuando abandona su territorio, llevarse sus pertenencias ya que ello equivale a una confiscación. El territorio en las cosmovisión indígenas es una institución ancestral de importancia mayúscula, de un valor cultural inusitado que trasciende las fronteras geográficas, por lo cual no se encuentra aceptable que como bien jurídico se le asigne un valor inferior al que le otorga a los simples elementos materiales y de contenido económico del infractor.

En otra sentencia<sup>60</sup> fue analizado el caso de un miembro de la comunidad indígena Tamas Páez La Gabriela en el norte del Departamento del Huila, quien fue sancionado con la expulsión del resguardo, la quema de su lugar de habitación y la puesta de sus enseres a las afueras del territorio que comparte la comunidad. La acción de tutela fue promovida al considerar el afectado se habían violado sus derechos fundamentales al ser castigado con la pena de destierro y confiscación de bienes lo cual está proscritas en la Constitución.

En este evento la Corte reitero su doctrina. Señaló que el destierro no se configura en cuanto la expulsión del resguardo fue impuesta dentro de su autonomía jurisdiccional, y, de otra parte, no encuadrar, en la prohibición del artículo 34 de la Carta Política, porque no se dispuso de la expulsión del indígena del territorio nacional, sino únicamente del lugar que habita la comunidad.

Las autoridades indígenas justificaron el haber quemado el lugar donde residía el infractor como una medida para hacer efectiva la expulsión. La Corporación encontró en este procedimiento de incineración de los haberes una afectación grave no solo para el sancionado sino de todo los miembros del núcleo familiar, ya que fueron desprovisto de la vivienda y la tierra de la cual derivaban su sustento, por lo que tuvieron que buscar refugio por fuera del resguardo.

De esta manera, la Corte expone que, si bien formalmente la sanción de expulsión solo le fue impuesta al indígena, en la práctica, ella ha desplegado sus efectos, con la misma contundencia, a todos los miembros de su núcleo familiar. Por ello, advirtió a las autoridades del resguardo que no podían impedir o negar a la familia del sancionado su entrada o permanencia en el territorio de la comunidad y a fin facilitar el proceso de retorno de los miembros de ese núcleo familiar, debía asignarles nuevamente una parcela para que fijen su lugar de vivienda y desarrollen actividades productivas, de manera que puedan retomar la vida que llevaban antes de la pena.

Es discutible la interpretación exegética de la Corte al resolver de manera simple una situación compleja. Infiere que no hay vulneración de derechos constitucionales ya que el destierro se pregona de un Estado y no de un territorio indígena.

La expulsión del resguardo estructura de hecho un destierro. En palabras del propio tribunal, en fallo anterior, esta pena es prohibida en la Constitución *pues ella significa aislar al individuo de su entorno social y condenarlo al ostracismo*<sup>61</sup>, y esto es precisamente lo que ocurre con sancionado

Para el miembro de una comunidad indígena el resguardo es el territorio de su propio Estado, es el lugar donde tiene su familia, sus hijos, sus raíces, donde ha construido sus sueños y ha permanecido toda su vida; por lo tanto, expulsarlo de él es negarle toda posibilidad de

---

<sup>58</sup> Artículo 34. La norma señala: “Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación”.

<sup>59</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-254, de 30 de mayo de 1994.

<sup>60</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-300, de 21 de mayo de 2015.

<sup>61</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-523, de 15 de octubre de 1997.

desarrollo, lo que tiene un mayor impacto considerando que esta sanción es a perpetuidad. En las culturas ancestrales el territorio, la madre tierra o la *Pachamama*, tiene una connotación superior que en la cultura mayoritaria. Obsérvese como describe la tierra un joven miembro a la comunidad Nasa estudiante de derecho<sup>62</sup>: *“Nuestras acciones jamás van desligadas del territorio. No podemos hablar de educación, cultura, autonomía, autoridad, tierra, justicia (derecho mayor), salud, producción, organización, entre otros, sin dejar de referirnos a nuestro territorio. Existe una relación estrecha entre los seres vivos y Kiwe kwe's' uma<sup>63</sup>, la cual estamos obligados a preservar, pese a las adversidades que nos aquejan hoy en día”*.

La propia Corte Constitucional reconoce que este castigo posee una connotación singular ya que aparta al individuo de su entorno con el que comparte una misma visión y cultura. Esto adquiere mayor relevancia cuando se trata de pueblos que mantienen sus costumbres en alto grado, toda vez *“que significa un verdadero desarraigo del afectado del mundo que le es propio y el confinamiento a un espacio que le resulta por completo extraño. De manera que a mayor conservación de las costumbres, mayormente gravosa resultaría la sanción de destierro señalada”*<sup>64</sup>.

En efecto, en pueblos que mantienen en más alto grado su cultura, la pena de destierro puede tener repercusiones mucho más graves, puesto que significa un verdadero desarraigo del afectado del mundo que le es propio y el confinamiento a un espacio que le resulta por completo extraño. El derecho al territorio comprendido como el lugar de construcción del sentido, podría corresponder a ese derecho en el que la visión holística de los pueblos indígenas se exprese con mayor claridad y contundencia<sup>65</sup>.

Conforme a lo anterior es factible que el destierro en casos muy especiales se ubique entro de aquellas situaciones que resulten realmente intolerables desde la perspectiva constitucional por vulnerar los más valiosos bienes del ser humano y por lo tanto merecedores de ser amparados mediante acción de tutela.

Para un sector de la doctrina el alto tribunal ha resuelto problemas álgidos en su momento como los asociados a conflictos de competencia entre jurisdicciones, sin embargo, no ha ocurrido lo mismo con los límites para imponer sanciones al interior de la JEI, mostrándose en ocasiones incongruente entre sus planteamientos y las conclusiones. Tal es el caso de considerar que los castigos corporales indígenas del cepe y del fuste, no equivalen a una práctica de tortura ni trato inhumano o degradante, cuando se ha demostrado que ellos atentan contra la dignidad de la persona y su integridad<sup>66</sup>. Similar reflexión aplica para la sanción de expulsión del territorio.

## Conclusiones

En Colombia uno de los grandes logros alcanzados por los grupos étnicos, después de muchos años de lucha por sus reivindicaciones, ha sido el reconocimiento de la JEI en la Constitución Política de 1991.

La JEI otorga autonomía a las autoridades indígenas para impartir justicia en sus territorios de acuerdo a sus propias normas y procedimientos, sin embargo, esta facultad se encuentra limitada por la Carta Política y las leyes de la república a fin de preservar bienes protegidos constitucionalmente y evitar la vulneración de derechos fundamentales de los procesados y los afectados.

El ejercicio de la JEI ha conllevado a que surjan tensiones en la aplicación de principios constitucionales como el de protección de la diversidad étnica y cultural, y los derechos a la igualdad, el debido proceso, o la prohibición de aplicar en el territorio nacional penas crueles y degradantes que afecten la dignidad humana.

---

<sup>62</sup> VELASCO (2007), p. 84.

<sup>63</sup> Nuestra madre tierra, entendida como proveedora de bienestar.

<sup>64</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-300, de 21 de mayo de 2015.

<sup>65</sup> MONTALVAN Y WENCES (2022), p. 79.

<sup>66</sup> CABEDO (1998).

Resolver estos conflictos ha sido una tarea compleja desarrollada por los jueces al resolver acciones de tutela y en particular de la Corte Constitucional, en sede de revisión, a través de su jurisprudencia. Existen vacíos normativos ante el silencio del poder legislativo para cumplir el mandato constitucional de expedir la ley que establece las formas de coordinación de la JEI con el sistema judicial nacional.

En este sentido se ha observado una marcada tendencia de la Corte por preservar el principio de multiculturalidad frente a la vulneración de derechos fundamentales alegados por miembros de comunidades indígenas que se han sentido afectados por decisiones de la JEI. Ha pretendido así la Corporación una maximización de la autonomía de las autoridades indígenas y una minimización de sus restricciones.

Se aprecia que la Corte Constitucional al resolver problemas jurídicos asociados a sanciones que impone la JEI, como el cepo, la flagelación y la expulsión de territorio, las ha encontrado ajustadas a la Carta Política bajo la premisa de estar integradas a costumbres ancestrales; sin embargo, también reconoce que dichos castigos en algunos casos afectan a integridad física del sancionado y su dignidad como persona, lo cual no deje de ser incongruente.

Admitir, por ejemplo, que la expulsión del territorio indígena implica relegar al sancionado sometiéndolo al aislamiento y el ostracismo, pero que ello no configura destierro por pregonarse esta medida únicamente de la expulsión del Estado, constituye una visión restringida y una solución elemental para un problema complejo que no resuelve de fondo la situación.

Indudablemente se han dado pasos significativos en el fortalecimiento de la JEI, no obstante, la jurisprudencia se muestra tímida al momento de intervenir frente a los castigos que imponen las autoridades indígenas y que con claridad lesionan derechos fundamentales de los sancionados. Al respecto debe existir mayor contundencia. La dignidad humana es el núcleo de un Estado Social de Derecho como lo es Colombia.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

BLANCO BLANCO, JAQUELINE (2006): “Logros y contradicciones de la jurisdicción especial indígena en Colombia”, en: *Revista Diálogos de Saberes* (Nº 24), pp. 51-68.

CABEDO MALLOL, JOSÉ VICENTE (1998): “La jurisdicción especial indígena y los derechos humanos”. Disponible en: <http://www.alertanet.org/F2b-VCabedo.htm> [visitado el 1 de diciembre del 2022].

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS-DANE (2019): “Población indígena en Colombia. Resultados del censo nacional de población y vivienda 2018”. Disponible en: <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/grupos-etnicos/presentacion-grupos-etnicos-2019.pdf> [visitado el 3 de marzo del 2022].

DONNELLY, JACK (2011): “La construcción social de los derechos humanos”, en: *Revista Relaciones Internacionales* (Nº 17), pp. 153-184.

EL TIEMPO (2020): “Guardia indígena en Tuchín, impone cepo a infractores de cuarentena”, en: periódico *EL Tiempo*. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/guardia-indigena-en-tuchin-impone-cepo-a-infractores-de-cuarentena-480292> [visitado el 1 de octubre del 2022].

FIGUERA VARGAS, SORILY (2015): *Jurisdicción especial indígena en Latinoamérica. Una referencia específica al sistema jurídico colombiano* (Barranquilla, Editorial Universidad del Norte).

GONZÁLEZ GALVÁN, JORGE ALBERTO (Coord.) (2002): *Constitución y derechos indígenas* (México, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México DF).

KYMLICKA, WILL (1996): *Multicultural citizenship: a liberal theory of minority rights* (Barcelona, Ediciones Paidós).

MONTALVAN, DIGNO Y WENCES, ISABEL (2022): “Hacia una interpretación descolonial del derecho al territorio de los pueblos indígenas en el derecho internacional de los derechos humanos: más allá de la propiedad y la cartografía”, en: *Revista Lus et Praxis* (Año 28, N° 3), pp. 61-84.

RODRÍGUEZ, GLORIA AMPARO (2015): *Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia: luchas, contenido y relaciones* (Bogotá, Editorial Universidad del Rosario).

SANDOVAL ROJAS, NATHALIA CAROLINA (2015): *Movilizarse ante la Corte: trayectoria y efectos de tres episodios de movilización legal constitucional de feministas, indígenas y víctimas de crímenes de Estado en Colombia* (Bogotá, Ediciones Uniandes).

SIERRA, PAOLA; ARCOS, VIVIAN; BERMUDEZ, MANUEL Y CARREÑO, LUCAS ( 2020): “La flagelación como mecanismo punitivo en la jurisdicción especial indígena en Colombia”, en: Sierra, Paola; Bermúdez, Manuel y Arango, Ingrid (Eds.), *Elementos judiciales y procesales en contextos de cambios sociales* (Bogotá, Esmic), pp. 53-85.

VELASCO SÁNCHEZ, NELSON MARINO (2007): “Equilibrar o castigar. La búsqueda de la armonía comunitaria alrededor del fogón”, en: *Revista Educación y Pedagogía* (N° 49), pp. 83-89.

#### JURISPRUDENCIA CITADA

SENTENCIA T-254 de 1994, Corte Constitucional de Colombia, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

SENTENCIA T-349 de 1996, Corte Constitucional de Colombia, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

SENTENCIA T-523 de 1997, Corte Constitucional de Colombia, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

SENTENCIA SU-510 de 1998, Corte Constitucional de Colombia, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

SENTENCIA T-728 de 2002, Corte Constitucional de Colombia, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

SENTENCIA T-1238 de 2004, Corte Constitucional de Colombia, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

SENTENCIA T-549 de 2007, Corte Constitucional de Colombia, M.P. Jaime Araujo Rentería.

SENTENCIA T-465 de 2012, Corte Constitucional de Colombia, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

SENTENCIA T-523 de 2012, Corte Constitucional de Colombia, M.P. María Victoria Calle Correa.

SENTENCIA T-496 de 2013, Corte Constitucional de Colombia, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

SENTENCIA C-463 de 2014, Corte Constitucional de Colombia, M.P. María Victoria Calle Correa.

SENTENCIA T-098 de 2014, Corte Constitucional de Colombia, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

SENTENCIA T-300 de 2015, Corte Constitucional de Colombia, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

SENTENCIA T-397 de 2016, Corte Constitucional de Colombia, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

SENTENCIA T-365 de 2018, Corte Constitucional de Colombia, M.P. Alberto Rojas Ríos.

SENTENCIA T-172 de 2019, Corte Constitucional de Colombia, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

SENTENCIA T-208 de 2019, Corte Constitucional de Colombia, M.P. Carlos Bernal Pulido.

SENTENCIA T-475 de 2019, Corte Constitucional de Colombia, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

SENTENCIA T-387 de 2020, Corte Constitucional de Colombia, M.P. Diana Fajardo Rivera.

SENTENCIA T-510 de 2020, Corte Constitucional de Colombia, M.P. Richard S. Ramírez Grisales.

SENTENCIA T-372 de 2022, Corte Constitucional de Colombia, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

#### NORMAS JURÍDICAS CITADAS

ACTO LEGISLATIVO 1, por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial N° 50.196, 4 de abril de 2017.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Gaceta Constitucional N° 116, 20 de julio de 1991.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José). 22 de noviembre de 1969.

CONVENIO N° 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), sobre Poblaciones Indígenas y Tribales. 27 de junio de 1989.

DECRETO LEY 4633, por medio del cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas. Diario Oficial N° 48.278, 9 de diciembre de 2011.

LEY 21, por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989. Diario Oficial N° 39.720, 6 de marzo de 1991.

LEY 89, por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada. Diario Oficial, 25 de noviembre de 1890.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS POLÍTICOS Y CIVILES. 23 de marzo de 1973.