

LA REDENCIÓN DE PENA EN LA POBLACIÓN INDÍGENA EN COLOMBIA

*Andrés Hernández Urbano**

Resumen: El respeto de los derechos fundamentales ha sido una conquista progresiva y que aún se encuentra en construcción. Si bien es cierto que contamos en Colombia con una carta política rica en derechos que consagra un amplio abanico de libertades, lo cierto es que en la práctica esa legitimidad de la existencia del Estado en punto de la protección de derechos de los ciudadanos a los cuales gobierna, en muchas ocasiones queda en entredicho.

Entre algunos casos concretos podemos observar que la redención de penas para la población de indígenas en Colombia tiene grandes dificultades en la realidad; ese tipo de dificultades precisamente justifica que el pensamiento penal en procura no solo de una actividad diagnóstica que se limita a criticar las incoherencias del sistema, sino que, por el contrario y de manera propositiva, tal y como en el presente análisis se plasma, se construyan soluciones reales, que se compadezcan del orden constitucional. Es por esto que, en la presente línea de pensamiento, se considera que el Derecho Constitucional en Colombia nos han dado las herramientas para solucionar aquellos eventos en los cuales no existe consagración legal expresa y la jurisprudencia tampoco ha llenado esos vacíos en torno a la redención de pena de la población indígena. Algunas de esas herramientas son la ponderación y el control de convencionalidad.

* Abogado de la Universidad de Nariño, Especialista en Derecho Probatorio Penal de la Universidad de Medellín en convenio con la Universidad Católica del Norte, especialista en Ciencias Penales y Criminológicas por la Universidad Externado de Colombia (pendiente graduación). Pasto, Colombia. Correo-e: andreshernandezurbano@hotmail.com. Fecha de recepción: 2 de junio de 2018. Fecha de aceptación: marzo de 2019. Para citar el artículo: ANDRÉS HERNÁNDEZ URBANO “La redención de pena en la población indígena en Colombia”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. 39, n.º 106, enero-junio de 2018, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 171-201. DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v39n106.06>

Palabras clave: Redención de pena; Población indígena; Control de convencionalidad; Ponderación; Teoría de la pena; Penas cerradas; Derechos absolutos; Comuneros indígenas; Principio de armonización; Jurisdicción Especial Indígena.

REDEMPTION OF PUNISHMENT IN THE COLOMBIAN INDIGENOUS POPULATION

Abstract: Respect for fundamental rights has been a progressive achievement, which is still under construction. Even though we have in Colombia a political constitution rich in rights, which enshrines a wide range of freedoms, the truth is that in practice that legitimacy of the existence of the state, in terms of protecting the rights of citizens to whom it governs, is in between said.

One of those cases is the redemption of the penalty for the Colombian indigenous population. This topic has great difficulties. These difficulties, exposed in this paper, justify that criminal thinking emerges not only as a diagnostic activity that limits itself to criticizing the inconsistencies of the system, but on the contrary, and in a proactive way, defends the ideal that in the Constitutional Law are the tools to solve those events in which there is no express legal or jurisprudential consecration. One of those tools is the Balancing, and Conventionality Control.

Keywords: Penalti Redemption; Indegenous Population; Conventionality Control; Balancing; Theory of Punishment; Closed Punishment; Absolute Rights; Armonization Principle; Indigenous Special Jurisdiction.

INTRODUCCIÓN

El Estado colombiano, a través de la Carta Política de 1991, reconoció la diversidad étnica y cultural, con jerarquía de derecho fundamental¹, lo cual, naturalmente, debe armonizarse con el desarrollo legislativo que habilita el ejercicio y goce de

1 Colombia, Constitución Política de Colombia, artículos 1, 2, 8, 9, 10, 62, 68, 72, entre otros. Así mismo, puede verse entre otras sentencias de la Corte Constitucional la sentencia T-1105 de 6 de noviembre de 2008, con Ponencia de Humberto Antonio Sierra Porto en los siguientes términos: “De conformidad con lo establecido en jurisprudencia reiterada por la Corte Constitucional, el derecho constitucional fundamental al reconocimiento y debida protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas se proyecta en dos dimensiones: una colectiva y otra individual. Se ampara, de un lado, a la comunidad indígena como sujeto de derecho y se protege, de otro lado, a los individuos pertenecientes a esa comunidad, pues sin ese amparo – ha dicho la Corte –, sería impensable la materialización de la protección del derecho colectivo en cabeza de la comunidad indígena en cuanto tal”.

dicho derecho; no obstante lo anterior, la regulación legal en Colombia no ha sido suficiente y, en la práctica, los vacíos legales ponen en entredicho la materialidad y efectivización de los precitados derechos fundamentales.

Es aquí en donde juega un papel protagónico la doctrina constitucional del Tribunal Constitucional colombiano, que de alguna manera ha dado contenido y alcance al derecho fundamental de diversidad étnica y cultural de la población indígena².

Empero, a pesar de los innegables avances que el precedente judicial constitucional ha logrado, se observa en la práctica judicial diaria el desconocimiento del precedente, la tergiversación del contenido de los fallos constitucionales, o la simple inobservancia de las providencias, lo cual conlleva, sin lugar a dudas, la vulneración del derecho fundamental de la población minoritaria antes referenciada. Es por ello que cobra especial relevancia para este trabajo los estándares internacionales en materia de protección de derechos humanos de los cuales son titulares los miembros de cabildos y resguardos indígenas.

Este trabajo, además, pretende abordar, de manera concreta, un aspecto específico y es la aplicación de redención de pena respecto de la población indígena en Colombia. Abordaremos cómo debe operar dicho elemento de resocialización y dignificación del reo, tanto para aquellas personas que son condenadas por la jurisdicción indígena y purgan sus condenas en los centros de armonización indígenas, como aquellos casos en los cuales los comuneros son condenados por la Jurisdicción Especial Indígena y purgan sus penas en establecimientos penitenciarios y carcelarios estatales.

En los dos eventos precitados existen aspectos polémicos, y cuentan con un común denominador: no existe consagración legal expresa que regule estos eventos; no obstante, hay derechos fundamentales en el limbo, y en ese orden de ideas naturalmente buscan abordarse dicha situación desde una perspectiva constitucional y convencional.

Se deja por fuera de este análisis a aquellos indígenas condenados por la jurisdicción ordinaria y que purgan sus condenas en cárceles estatales, por cuanto la competencia de vigilancia y seguimiento de la pena privativa de la libertad está consagrada en cabeza del juez de ejecución de penas, y el régimen de redención de pena por trabajo, estudio o enseñanza encuentra estricta regulación normativa y para estos casos el precedente judicial es abundante³.

2 Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-685 de 4 de Noviembre de 2015. M.P. Myriam Ávila Roldán. Sentencia C-394 de 7 de septiembre de 1995 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, entre otras.

3 Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-718 de 24 de noviembre de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; sentencia T-019 de 20 de enero de 2017, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza; sentencia T-603 de 2 de octubre de 2017, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, entre otras.

Reiterando la intención de este trabajo, no se trata de abordar el caso referido en el párrafo inmediatamente anterior, sino, por el contrario, se pretende analizar aquellos eventos en los cuales no existe un juez de ejecución de la pena ante el cual se pueda elevar la solicitud de redención de pena por trabajo, estudio o enseñanza, por tratarse de condenas proferidas por parte de la Jurisdicción Especial Indígena; sin embargo existe población carcelaria que no tiene ante quién materializar sus derechos fundamentales, como el debido proceso en aquel componente de tutela judicial efectiva⁴, su derecho a la igualdad respecto al resto de población carcelaria⁵, y su derecho a la dignidad humana⁶, resocialización⁷, derecho al trabajo⁸, derecho a la libertad⁹ y demás garantías propias de la población carcelaria.

4 Colombia, Corte Constitucional sentencia T-267 de 8 de mayo de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

5 Colombia, Corte Constitucional sentencia T-127 de 9 de marzo de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

6 Colombia, Corte Constitucional sentencia T-388 de 28 de junio de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa: “El compromiso de una sociedad con la dignidad humana se reconoce, en gran medida, por la manera como se respetan los derechos de las personas privadas de la libertad. Tratar de forma adecuada a aquellos sujetos de protección constitucional que todas las personas coinciden en defender y proteger, como los niños o las niñas, no evidencia necesariamente un compromiso con la dignidad humana de todas las personas. Es en el compromiso con los menos privilegiados, con las personas más descuidadas y abandonadas a su suerte y sus problemas, como es el caso de las personas privadas de la libertad, el que evidencia el real respeto a la dignidad humana de todas las personas. Como lo señaló el premio nobel Nelson Mandela, una sociedad no puede juzgarse por la manera en que trata a sus ciudadanos más ilustres, sino a sus ciudadanos marginados; entre ellos, por supuesto, las personas que están reclusas en prisión. El estado de cosas en el que se encuentra el Sistema penitenciario y carcelario colombiano es una prueba fehaciente de que el compromiso adquirido constitucionalmente con la dignidad humana de toda persona, aún requiere ser profundizado para que sea una realidad. Aunque las palabras de la Constitución, las leyes, los decretos y las sentencias aseguran formalmente un compromiso pleno con la dignidad humana, no se ha logrado materializarlo a plenitud. Las políticas públicas existentes no reflejan ese mismo compromiso que el ordenamiento jurídico formalmente en sus textos ha adquirido, y que algunos jueces han intentado hacer cumplir”.

7 Colombia, Corte Constitucional sentencia T-640 de 17 de octubre de 2017, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

8 Colombia, Corte Constitucional sentencia T-009 de 18 de enero de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: “La máxima aspiración del preso es recobrar su libertad. Uno de los medios para lograrlo es el trabajo, el cual por disposición legal tiene incidencia directa en la rebaja de pena. Las oportunidades de trabajo y las garantías para el goce permanente de este derecho en las cárceles posibilitan al recluso alimentar su esperanza de libertad mediante un esfuerzo resocializador que dignifica su existencia. El carácter resocializador de la pena tiene la función de formar al interno en el uso responsable de su libertad: ello es posible a través del trabajo, particularmente mediante el respeto de sus garantías constitucionales y legales”.

9 Ibídem, “El elemento retributivo de la pena es atemperado al mantener viva la esperanza de alcanzar algún día la libertad. De no ser así, el castigo implícito en la pena de privación de la libertad se convertiría en un trato cruel, inhumano y degradante, expresamente prohibido por la Constitución”.

1. ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN A LA POBLACIÓN INDÍGENA EN COLOMBIA

Siendo concisos y adentrándonos en el objeto del presente análisis, tres son los estándares de protección que de alguna manera regulan la figura de la redención de pena de la población indígena en Colombia; ciertamente uno de ellos, el más eficaz, por cierto, es uno de los más desconocidos e inaplicados, y sobre este estándar versará una buena parte de este primer capítulo. Me refiero al estándar internacional o también conocido como control de convencionalidad; por otra parte, los otros estándares de protección son la Constitución Política y los precedentes judiciales de altas cortes, y, finalmente la ley.

Por aspectos metodológicos dejaré el estándar de protección del Derecho internacional o del control de convencionalidad para el final de este capítulo en punto de realizar el énfasis respectivo.

Ahora bien, desde ya es menester sentar claridades en punto de que no existe regulación legal expresa, y la única jurisprudencia que aborda este punto en Derecho, parece no dar una solución de fondo a este flagelo del cual es víctima por negligencia del Estado y omisiones legislativas la población indígena condenada.

1.1. Estándar de protección en punto de Constitución Política y precedentes judiciales

Como se dijo en la introducción del presente trabajo, la Carta Política del año 1991, en sendas normas, reconoció en categoría normativa el Derecho constitucional de diversidad étnica y cultural, y en ese mismo orden de ideas dichas preceptivas se han ido reforzando mediante las tesis interpretativas recogidas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Prueba de ello es la siguiente sentencia:

[En l]a Constitución existe un conjunto de preceptos encaminados a otorgar especial garantía al reconocimiento, en igualdad de condiciones, de todas las etnias y culturas que habitan en el territorio colombiano. El artículo 8º cuyo tenor establece que el Estado protegerá la riqueza cultural de la Nación; el artículo 9º por medio del cual se garantiza el derecho a la autodeterminación de los pueblos; el artículo 10º donde se prescribe que las lenguas y dialectos de las comunidades étnicas también serán lengua oficial en su territorio y se establece la obligación de enseñanza bilingüe en aquellas comunidades con tradiciones lingüísticas propias; el artículo 63 en el cual se determina que las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de Resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación (...) son inalienables, imprescriptibles e inembargables; el artículo 68 en el cual se dispone que quienes integran los grupos étnicos podrán ejercer su derecho a formarse con fundamento en cánones que respeten y desarrollen su diversidad cultural; el artículo 72 cuando

se refiere al patrimonio cultural de la nación y determina que dicho patrimonio está bajo protección del Estado y cuando se pronuncia, igualmente, sobre el patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la diversidad nacional¹⁰.

No obstante el anterior precedente constitucional, y muchos otros, las preceptivas constitucionales requieren de desarrollo legal en donde se especifiquen de manera clara y expresa las situaciones en que dichos derechos fundamentales pueden desplegarse, es decir, la Constitución Política de Colombia no ha previsto la figura de redención de pena para aquellos eventos puntuales en los cuales la población indígena es condenada por la Jurisdicción Especial y purga su pena al interior del resguardo y para aquellos eventos en los cuales el comunero es condenado por la jurisdicción indígena y purga su pena en establecimientos carcelarios estatales, ello naturalmente porque la Carta Política de 1991 no puede reglar la universalidad de eventos en los cuales se materialicen dichos derechos, por cuanto para esto precisamente están consagradas las leyes orgánicas¹¹.

Lo cierto es que, hoy por hoy, el Congreso de la República continúa en mora de desarrollar estos específicos aspectos¹², por cuanto, si bien es cierto, la representatividad de las poblaciones minoritarias que hacen parte de esa diversidad étnica y cultural ha ido aumentando significativamente, lo cierto es que ninguno de los proyectos que pretenden en alguna manera regular esta materia se ha concretado y los derechos de redención de pena de la población indígena en Colombia siguen en el limbo.

En esa línea de pensamiento se tiene que ese vacío normativo se ha ido llenando en alguna manera por medio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al menos en el tratamiento diferenciado en punto de la salvaguarda de la identidad cultural de la población indígena objeto de privaciones de libertad, en los siguientes términos:

Es importante aclarar que independientemente de que la falta cometida sea o no juzgada por la jurisdicción especial una vez la persona haya sido juzgada y condenada por la jurisdicción ordinaria, es esencial que el cumplimiento de la pena o medida preventiva se tenga en cuenta la cosmovisión indígena, sus costumbres, sus prácticas, y la finalidad de la pena para el miembro de la comunidad. De este modo, se plantea la necesidad de que en la ejecución de la condena, se opte por soluciones que favorezcan el cumplimiento de la orden del juez de un modo que se respete y no se atente contra las costum-

10 Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-1105 de 6 de noviembre de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

11 Colombia, Constitución Política, artículo 150.

12 Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-515 de 20 de septiembre de 2016, M.P. María Victoria Calle Correa: “Se exhorta al Presidente de la República, al Ministro de Justicia y del Derecho, y al Presidente del Congreso de la República para que regulen lo relativo a la privación de la libertad de personas pertenecientes a comunidades indígenas”.

bres y la conciencia colectiva de los indígenas, para lo cual resulta imperioso armonizar de manera efectiva los mandatos de la justicia y el respeto por la diversidad cultural¹³.

En esa misma línea, es meritorio el avance que la jurisprudencia ha brindado en el siguiente sentido:

Para evitar el masivo proceso de desculturización del cual viene siendo objeto la población indígena que se encuentra actualmente privada de la libertad en virtud de una pena o de una medida de aseguramiento, se hace necesario que en caso de que un indígena sea procesado en la jurisdicción ordinaria se cumplan las siguientes reglas:

Siempre que el procesado por la jurisdicción ordinaria sea indígena se exigirá la vinculación de la máxima autoridad de su comunidad o su representante.

De considerarse que puede proceder la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva el juez de control de garantías (para procesos tramitados en vigencia de la Ley 906 de 2004) o el fiscal que tramite el caso (para procesos en vigencia de la Ley 600 de 2000) se deberá consultar a la máxima autoridad de la comunidad para determinar si se compromete a que se cumpla la detención preventiva dentro del territorio. En ese caso, el juez deberá verificar si la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad. Adicionalmente, dentro de sus competencias constitucionales y legales, el INPEC deberá realizar visitas a la comunidad para verificar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad. En caso de que el indígena no se encuentre en el lugar asignado deberá revocarse inmediatamente esta medida. A falta de infraestructura en el resguardo para cumplir la medida se deberá dar cumplimiento estricto al artículo 29 de la Ley 65 de 1993¹⁴.

Aunado al anterior fallo, la misma Corte Constitucional hace alusión a una línea jurisprudencial consolidada y definida por parte de la misma alta corporación, este aspecto es sobremanera relevante porque ante la ausencia de regulación, la jurisprudencia entraría a llenar ese vacío, y sobre este aspecto concreto refiere:

Existe una línea jurisprudencial consolidada que establece que cuando una persona indígena se encuentra recluida en un establecimiento penitenciario

13 Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-097 de 16 de febrero de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo.

14 Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-5 de Diciembre de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

ordinario se deben adoptar medidas de protección que garanticen la conservación de sus costumbres y de su identidad cultural, entre las que se encuentra el cumplimiento de la pena impuesta en su resguardo¹⁵.

4.2. La figura del precedente jurisprudencial ha sido definida por esta Corporación como “*aquella sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo [en cuanto a] los patrones fácticos y problemas jurídicos, y en las que [se] ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para resolver el nuevo caso*”^[38]. Su fuerza vinculante tiene como propósito garantizar en los procesos judiciales la materialización de ciertos principios constitucionales como la igualdad, la buena fe y la confianza, además de otorgar seguridad jurídica a los asociados¹⁶.

Los anteriores extractos, si bien son algo extensos, son estrictamente necesarios en razón a que la transliteración de los mismos acredita de manera textual la interpretación de la Corte Constitucional frente a este punto en Derecho.

En la actualidad, la fuerza vinculante del precedente judicial, y su ubicación en el sistema de fuentes¹⁷ como fuente formal primaria de Derecho, al parecer ya no tiene discusión¹⁸.

Ahora bien, dentro del mismo pronunciamiento referido y por la obvia pertinencia con el objeto del presente trabajo, la Corte definió uno de los problemas jurídicos de manera muy didáctica y clara, y en la consideración jurídica 2.4 sostuvo:

2.4. En ese contexto, corresponde a la Sala resolver el siguiente problema jurídico: ¿una autoridad judicial vulnera los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al acceso a la administración de justicia y a la identidad cultural de una persona indígena al negarle cumplir la pena que le impuso la jurisdicción ordinaria en su resguardo indígena por la falta de reglamentación por parte del Gobierno Nacional de la norma que regula las condiciones de reclusión y resocialización para miembros de los pueblos indígenas, aun cuando el precedente constitucional ha definido los presupuestos para acceder a ese beneficio?

15 Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-515 de 20 de septiembre de 2016, M.P. María Victoria Calle Correa.

16 Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-515 de 20 de septiembre de 2016, M.P. María Victoria Calle Correa, consideración jurídica número 4.2

17 QUINCHE RAMÍREZ, MANUEL FERNANDO, *El precedente judicial y sus reglas*, Editorial Legis, Bogotá - Colombia, Octubre de 2014, pág. 30.

18 Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal, sentencia de 8 de noviembre de 2017, radicado SP 18449-2017, 47,608, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

Nótese cómo el aparte antes relacionado confirma la postura sostenida en este trabajo en torno a que, inclusive cuando existe un precedente constitucional consolidado, algunos jueces y magistrados lo inaplican, el extracto antes reseñado corresponde al fallo de tutela T- 515 de 20 de septiembre de 2016, con ponencia de María Victoria Calle Correa. En esta providencia se revoca la decisión del Juez Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, decisión que en su momento fue confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pereira, confirmada a su vez vía acción de tutela por la Corte Suprema de Justicia Sala Penal y en recurso de impugnación Sala Civil.

Es imperiosa la necesidad de evidenciar cómo un Juez Constitucional de Ejecución de Penas, una sala de Tribunal Superior, y dos salas de casación de la Corte Suprema de Justicia desconocen sin más el precedente constitucional, desconocimiento que precisamente justifica este tipo de argumentos, y confirma en alguna medida la postura que se defiende en el presente trabajo, y es que es el control de convencionalidad el mecanismo idóneo para materializar esos derechos fundamentales y humanos de la población indígena. *Párrafos más adelante se desarrollará el presente planteamiento.*

Con lo anterior mi pretensión no es otra distinta a reforzar la postura en punto a que el precedente constitucional es ignorado por algunos operadores judiciales, inclusive en el devenir del trabajo de las salas de selección de tutela de la Corte Constitucional. Dicha dinámica de desacato al precedente ya fue detectada, y en respuesta a ello, en la actualidad, se tiene que el desconocimiento del precedente no solo opera dentro de los requisitos específicos de procedencia como causal procedencia de Tutela contra Providencias Judiciales, sino que, además, configura el tipo penal de prevaricato por omisión. Un caso para documenta este fenómeno es la sentencia de casación con radicado 39456 de 10 de abril de 2013, con ponencia de Jorge Luis Barceló Camacho, fallo por medio del cual la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia condena por el punible de prevaricato por omisión al juez Luis Manuel Castillo Mercado, quien al fungir como Juez Promiscuo Municipal de Ayapel, en una de sus decisiones desconoció sin ningún tipo de argumentación el precedente de la Corte Constitucional.

Precedente constitucional en punto de la redención de pena por parte de comuneros indígenas

En lo que respecta al precedente específico sobre este punto en Derecho, y en rastreo hecho en la fase de recopilación de información del presente trabajo, solo se ubicó un precedente con analogía directa, clasificado como precedente de control concreto de constitucionalidad tipo T, obviamente con presupuestos fácticos y normativos semejantes a la temática objeto de estudio. Por lo demás, si bien existen algunos pocos pronunciamientos que se arrojan en la búsqueda, lo cierto es que al analizar la forma en que abordan el tópico de redención de pena por parte de población indígena, dicho análisis se realiza de manera tangencial y abstracta. En ese orden de ideas, la Corte ha dicho:

La importancia constitucional que tiene 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. Por lo tanto, la facultad que tienen las autoridades indígenas para imponer penas privativas de la libertad y para definir las condiciones de modo, tiempo y lugar de su ejecución dependen de que en cada etapa se garantice la finalidad resocializadora de la pena.

(...)

En atención a lo expuesto, el problema jurídico que debe resolver la Sala con relación a este tercer punto es el siguiente:

¿Se vulneran los derechos fundamentales al debido proceso y a la integridad cultural de indígenas condenados por la Jurisdicción Especial Indígena que cumplen la medida de privación de la libertad en cárceles ordinarias, cuando no cuentan con el acompañamiento de una autoridad que haga un seguimiento a la pena impuesta?

(...)

Proporcionalidad y razonabilidad de las penas. Además de las prohibiciones constitucionales expresas de cierto tipo de penas (como las de destierro, tortura, etc.), las autoridades tradicionales indígenas no pueden imponer sanciones o penas que resulten desproporcionadas ni irrazonables; y ha explicado a este respecto que son desproporcionadas, por ejemplo, las penas que trasciendan a la persona del infractor, que afecten su mínimo vital, que sean irredimibles, o que impliquen un cercenamiento cultural.

Específicamente sobre las penas irredimibles y que impliquen expulsión del territorio, la Corte ha enfatizado que las comunidades que la imponen están obligadas a adoptar los mecanismos que permitan su redención, para que el alejamiento cumpla la función de reconciliar al infractor consigo mismo y con la comunidad a la que defraudó, y no se presente como una simple venganza¹⁹.

Este fallo es bastante curioso, por cuanto en principio pareciese claro, pero al revisarlo en su integridad resulta bastante confuso. Lo cierto es que, si bien en esta primera parte la Corte sostiene que una pena de prisión sin posibilidad de redención es desproporcionada, y que además las autoridades indígenas no pueden imponer ese tipo de sanciones, sino que, por el contrario, dichas autoridades están obligadas

19 Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-208 de abril de 2015, M.P. Gloria Estela Ortiz Delgado.

a adoptar mecanismos que permitan la redención, a efectos de que la pena represente la función resocializadora y no sea una simple venganza, dentro del mismo cuerpo de esta sentencia, párrafos adelante se sostiene lo contrario respecto del indígena *Eyder Imbajoa Trochez*, de esta manera:

Sobre las condenas irredimibles, los Gobernadores Indígenas explicaron que en algunos casos las penas deben ser cerradas y sin derecho a beneficios. Con relación a la posibilidad de redención de la pena, señalaron que según el comportamiento de los comuneros se puede evaluar y disminuir la condena impuesta, lo cual puede variar en cada comunidad. En algunas se puede revisar la condena cada cinco años y en otras cuando se cumple el 50% o incluso en cualquier momento.

(...)

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

Una condena de 60 años impuesta por la Jurisdicción Especial Indígena que no contemple un proceso de resocialización atenta contra el artículo 34 de la Constitución Política^[29], que prohíbe la pena de prisión perpetua, y elude la obligación de “*adoptar los mecanismos que permitan su redención, de manera que el alejamiento cumpla la función de reconciliar al infractor consigo mismo y con la comunidad a la que defraudó, y no se presente como una simple y odiosa retaliación*”^[30].

(...)

Cuarto. ORDENAR al Gobernador del Cabildo Munchique los Tigres al cual pertenece el comunero Eyder Imbajoa Trochez, que defina fechas específicas para llevar el caso de la redención de la pena impuesta al comunero Eyder Imbajoa ante la asamblea o la autoridad indígena competente, para que revise la condena que le fue impuesta. Ello no significa que el gobernador deba

proponer una redención de la pena al comunero Imbajoa, ni mucho menos que la autoridad indígena deba redimir la pena impuesta. Sin embargo, sí debe presentar el caso aduciendo las razones por las cuales considera que la autoridad competente debe, o por el contrario, por qué no debe redimir la pena impuesta.

Si bien la transcripción del precedente es algo extensa, es estrictamente necesario su uso, por cuanto se extrae de manera fiel y precisa el razonamiento de la Corte Constitucional sobre el presente tópico.

Llama poderosamente la atención la postura antes referida, por cuanto la Corte viene sosteniendo una línea de pensamiento que sostiene que una pena privativa de la libertad sin posibilidad de redención es desproporcionada, además de atentar contra la dignidad humana, y las facultades resocializadoras de la pena y en lógica coherencia se espera un fallo que continúa esa línea de argumentación garantista; no obstante, dice la Corte que es perfectamente posible la imposición de penas cerradas, ellos es, penas sin posibilidad de redención, mecanismo perfectamente viable dentro de nuestro sistema constitucional. ¿Cómo es eso?

Párrafo seguido, sostiene que una pena de 60 años sin posibilidad de redención contraría el artículo 34 constitucional que prohíbe ese tipo de cadenas perpetuas, y paradójicamente en la parte resolutive aduce que, pese a una pena de 60 años sin posibilidad de redención, que desconoce el principio de proporcionalidad, dignidad humana, resocialización, etc. Se ordena al gobernador que fije unas fechas para una posible redención, pero ello NO significa que el gobernador deba proponer una redención o redimir la pena.

En síntesis, la Corte teóricamente sostiene que penas sin redención no son compatibles con el ordenamiento constitucional, por cuanto vulneran el principio de proporcionalidad, dignidad humana, función resocializadora, prohibición de pena perpetuas, etc.; no obstante, concluye que este tipo de penas son compatibles con el ordenamiento constitucional y que el gobernador del resguardo no está obligado a proponer o redimir la pena del comunero.

Hay que reflexionar con detenimiento en este tipo pronunciamientos contradictorios y polémicos, no solo por cuanto están cobijados por una presunción de acierto, sino porque, además, proviene de la guardiana de la Constitución Política y goza de fuerza vinculante.

Este tipo de pronunciamientos precisamente justifican la argumentación en punto a que el mejor estándar de garantía no se encuentra en el Derecho interno, sino en el *corpus iuris* del Derecho internacional.

A lo anterior se suma que el punto concreto de redención de pena hacia los indígenas condenados ha sido tocado en escasas providencias y con este tipo de interpretaciones.

Nótese la siguiente dinámica: si la Corte encuentra que el derecho de libre autodeterminación de los pueblos o de autonomía de los pueblos indígenas entra en tensión frente a derechos individuales de los indígenas privados de la libertad, como el caso de las condenas cerradas o sin posibilidad de redención, la Corte se inclina hacia la protección del derecho de las mayorías, es decir, aquellos derechos de la representatividad de pueblos indígenas, sin realizar ningún ejercicio de ponderación adecuado y riguroso respecto de los derechos individuales en juego. Y es que, si bien los indígenas hacen parte de una colectividad, no es menos cierto que, al mismo tiempo, son titulares de unos derechos individuales constitucionales, con categoría de derechos humanos.

Bien conocida es la existencia de unos estándares internacionales que protegen los derechos de las personas condenadas y de las minorías étnicas; aunado a ello, y en clara perspectiva constitucional, en Colombia ningún derecho es absoluto, es decir, la libre autodeterminación de los pueblos y la autonomía de los pueblos indígenas también son ponderables. Naturalmente, la coherencia del precedente constitucional frente al estándar internacional será objeto de análisis en breve. Pero desde ya se deja sentada la idea en punto a que la ponderación es viable incluso en casos en los cuales se inmiscuyan derechos colectivos o derechos de mayorías poblacionales. Ahora bien, retomando el centro de la línea argumentativa que este primer acápite plantea, lo cierto es que han existido algunos avances jurisprudenciales en punto del desarrollo y el contenido y alcance de los derechos fundamentales de los cuales son titulares los indígenas objeto de procesos penales, lo anterior sin perjuicio de las casi inexistentes consagraciones legales con respecto al trato diferenciado que la población indígena debe recibir en el marco de los procesos penales, lo cual es apenas existente.

1.2. Estándar de protección legal

Como se ha venido indicando, la regulación normativa es sobremano escasa e incompleta, y es que solo dos normas regulan la materia y son el artículo 29 de la ley 65 de 1993 que consagra:

ARTÍCULO 29. RECLUSIÓN EN CASOS ESPECIALES. Cuando el hecho punible haya sido cometido por personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, funcionarios y empleados de la Justicia Penal, Cuerpo de Policía Judicial y del Ministerio Público, servidores públicos de elección popular, por funcionarios que gocen de fuero legal o constitucional, ancianos o indígenas, la detención preventiva se llevará a cabo en establecimientos especiales o en instalaciones proporcionadas por el Estado. Esta situación se extiende a los ex servidores públicos respectivos.

La autoridad judicial competente o el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, según el caso, podrá disponer la reclusión en

lugares especiales, tanto para la detención preventiva como para la condena, en atención a la gravedad de la imputación, condiciones de seguridad, personalidad del individuo, sus antecedentes y conducta.

En este mismo estatuto, que es el Código Penitenciario y Carcelario o Ley 65 de 1993, se consagra lo siguiente:

ARTÍCULO 3A. ENFOQUE DIFERENCIAL. <Artículo adicionado por el artículo 2 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

Por lo demás, no existe ningún tipo de regulación legal que desarrolle ese proceso de armonización entre la jurisdicción ordinaria, las autoridades administrativas (INPEC) y la Jurisdicción Especial Indígena. 26 años han transcurrido desde la expedición de la Carta de 1991, y los parlamentarios que han pasado por el Congreso no han cumplido con este mandato, y con esta orden que reiteradamente ha sido proferida por parte de la Corte Constitucional. Diálogo entre jurisdicciones que aún se encuentra pendiente.

Ante este desolador panorama legislativo, apenas obvio resulta no solo aplicar en forma contundente el precedente constitucional, sino, además, hacer uso del mejor estándar de garantía que desde un criterio personal es la normatividad internacional a través de aquellos convenios y tratados ratificados por Colombia en materia de protección de derechos humanos y en materia de protección de la población indígena.

1.3. Estándar de protección internacional o control de convencionalidad

Cómo se mencionó párrafos atrás, existen sendas normativas internacionales en punto de garantizar derechos de población carcelaria, así como derechos de minorías étnicas. En este acápite haremos alusión a dichos estándares.

Como primera medida, es preciso rememorar que la Convención Americana de Derechos Humanos, en adelante CADH, consagra a la altura del artículo 5.6:

Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social del condenado.

Lo anterior se compagina con los avances jurisprudenciales²⁰ en Colombia en virtud de los cuales la redención de pena no es un beneficio judicial ni administrativo, sino un derecho, que se compagina con la función resocializadora de la pena.

Dentro de esa misma línea, se tiene que el artículo 41 de la CADH, convención que ingresa al Derecho patrio mediante la Ley 17 de 1962, consagra, a su vez que los Estados parte de la convención implementarán:

Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de la libertad”^[52]. El principio III de la recomendación que trata sobre la libertad personal establece que “[c]uando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de los pueblos indígenas, deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento conforme a la justicia consuetudinaria y en consonancia con la legislación vigente.

Sin lugar a dudas, la normatividad internacional que desarrolla este tipo de contenidos ha sido incluso objeto de pronunciamientos jurisprudenciales, y deben abordarse en el presente trabajo, mecanismo que no es otro diferente al Control de Convencionalidad.

Control de Convencionalidad

El Control de Convencionalidad en Colombia, no es otra cosa distinta que la aplicación de los estándares internacionales de protección en derechos humanos por parte del juez local y, en caso de que exista disparidad entre las normas de Derecho interno frente a los mismos, dar aplicación a lo estatuido en el tratado internacional o la convención.²¹ Esto también se denomina control difuso de convencionalidad²².

En palabras del profesor Velandia²³, de Colombia, el término de *Control de Convencionalidad* en el Derecho colombiano y más concretamente en despachos judi-

20 Colombia, Corte Suprema de Justicia, sala de casación Penal, radicación 35767 de 6 de junio de 2012, M.P. José Leónidas Bustos Martínez: “Dicho sea de paso, la redención de pena tampoco es, por tanto, un beneficio, sino que es expresión funcional de la resocialización, de acuerdo con la formulación del artículo 4º del Código Penal; la cual está recogida de manera más enfática en el artículo 9º del Código Penitenciario y Carcelario, norma que advierte que “La pena tiene función protectora y preventiva, *pero su fin fundamental es la resocialización*; esto es, la recuperación del condenado para el Estado social, identidad de nuestro modelo constitucional”.

21 DE LA HOZ MILLÁN, ADALBERTO. *Defensoría del Pueblo de Colombia, Dirección Nacional de Defensoría, Temas de defensa penal tomo II, El control Difuso de convencionalidad en la medida de aseguramiento de detención preventiva intramural*, (Bogotá -Colombia, Editorial defensoría del pueblo de Colombia, diciembre de 2015), p. 73.

22 Tomado de la monografía de trabajo de grado de Edgar Javier Varela Chamorro, presentado ante la Universidad Simón Bolívar, de Ecuador, para optar por el título de especialista en derechos humanos.

23 Arsenio Velandia Sánchez, investigador y docente de la Universidad la Gran Colombia en la ciudad de Bogotá – Colombia.

ciales resulta un tanto exótico, precisamente por el desconocimiento del mismo en la práctica judicial, y es que se parte de un punto nodal antes de abordar de fondo la temática: el parámetro de control del Estado en su soberanía es el tratado internacional.

Es previsible y conocido que existen doctrinantes y estudiosos del Derecho afirmando que hablar de fuerza vinculante de tratados internacionales y sobre todo de fuerza vinculante de precedentes internacional desconoce el principio de soberanía de los Estados. En principio, no deja de asistírles razón a quienes sostienen eso, por cuanto su argumento más fuerte en defensa de este planteamiento se basa precisamente en la carta de San Francisco de 1945, carta que crea la organización de las Naciones Unidas, ONU. La ONU fijó en sus principios: la autonomía de los Estados, la libre determinación de los pueblos y la no injerencia en los asuntos internos de los Estados; sin embargo, no es menos cierto que si existe consentimiento por parte de los Estados al aceptar dentro de sus ordenamientos los tratados internacionales, los mismos son vinculantes y por esa vía la jurisprudencia internacional que desarrolla dichos tratados es válida, y es precisamente ese consentimiento o aceptación que lo vincula y hace que el Estado se someta al tratado²⁴.

Existe, al parecer, una tensión entre los conceptos de soberanía de los Estados vs la fuerza vinculante de los convenios y la jurisprudencia internacional, empero esa polémica se resuelve y armoniza precisamente en el consentimiento o aceptación dada por los Estados; dicho de otro modo, si un país ha dado su consentimiento (aceptando un tratado internacional), de esa aceptación surge la obligación de cumplir lo que se ha aceptado.

En sentido contrario, se puede decir que si no existe consentimiento por parte de los Estados, entonces sí siguen vigentes los principios de la carta de San Francisco que hablan de no injerencia en los asuntos internos, libre autodeterminación de los pueblos, etc. En concordancia con lo anterior, la regla *pacta sunt servanda*²⁵ indica que lo pactado debe cumplirse. Sin más disertaciones, si un Estado pacta someterse a un tratado internacional debe cumplir lo pactado.

Ahora bien, el control de convencionalidad se aplica en Colombia; empero, revisemos cómo el Derecho interno ha recibido el DIDH²⁶. Las siguientes son las etapas por las que ha atravesado el Control de Convencionalidad en Colombia:

24 <https://www.youtube.com/watch?v=mPPY1aPMoiE>. Control de Convencionalidad y la excepción de inconvencionalidad. Colombia y México, publicado el 23 de mayo de 2016 en YouTube en el canal del profesor Arsenio Velandia.

25 El principio de *pacta sunt servanda* y la estipulación de intereses, ponencia para el seminario “Régimen de intereses”, Universidad Externado de Colombia, 22 y 23 de noviembre de 2000.

26 QUINCHE RAMÍREZ, MANUEL FERNANDO. *El control de convencionalidad. Como control normativo y no como control simplemente erudito o formal*, p. 2, <<http://www.acdpc.co/concurso8.pdf>>.

1. Una etapa inicial simplemente simbólica de recepción del DIDH, dominante a lo largo el siglo XX, cuyo mecanismo de implementación fue la ley aprobatoria del tratado público. Durante este período, el DIDH es simplemente “derecho en el papel”, no se enseña en las facultades de Derecho ni es exigible ante los tribunales. Adicionalmente, el sistema no cuenta con mecanismos procesales de efectividad de ese Derecho.

2. Una segunda etapa, inaugurada en 1991 con la expedición de la Carta Política de ese año, que presenta una recepción optativa de ese Derecho bajo la figura del bloque de constitucionalidad. Durante ese período, por primera vez se plantea el carácter normativo del DIDH y se implementan los mecanismos procesales de su efectividad, materializados principalmente en la acción de inconstitucionalidad y en la acción de amparo.

3. Finalmente, se tiene una tercera etapa de recepción, implementada a partir de la figura del Control de Convencionalidad, que pretende hacer del DIDH un Derecho normativo, efectivo y vigente, en la que los mecanismos procesales de efectividad están materializados tanto en el ejercicio de las acciones de código, como en el de las acciones de control concreto de constitucionalidad, en el sentido que “los jueces nacionales ahora se convierten en los primeros jueces interamericanos²⁷.”

Así las cosas, se observa que, mientras en otros Estados el Control de Convencionalidad tiene un mayor dominio y aceptación en la práctica judicial, en Colombia dichos avances aún están en proceso. En ese orden de ideas, es necesario recordar la noción de Control de Convencionalidad, acerca del cual la jurisprudencia de la Corte IDH ha sostenido que

(...) “los jueces nacionales ahora se convierten en los primeros jueces interamericanos²⁸.”

Ahora bien, frente al carácter vinculante del precedente internacional, es necesario profundizar en el siguiente sentido: si un Estado ha aceptado dentro de su ordenamiento interno un tratado internacional en materia de derechos humanos, acepta, por ende, el precedente internacional y el precedente que el organismo que ejerce el control abstracto sobre dicha convención produce, es decir, acepta los pronunciamientos jurisprudenciales sobre el desarrollo de la convención que ha aceptado dentro de su ordenamiento interno.

27 *Ibíd.*, p. 654.

28 Corte IDH. “Caso Cabrera García y Montiel Flores contra México”. Sentencia de noviembre 26 de 2010. Serie C n.º 220. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer, párrafo 87.

Doctrinantes colombianos de gran reconocimiento académico y prestigio²⁹ abordan el tema del precedente nacional e internacional, y al respecto, uno de ellos dice:

En el plano internacional la evidencia alrededor del renovado lugar de las sentencias en el sistema de fuentes, es no solo abundante, sino sorprendente. Una primera evidencia está constituida por la Corte Interamericana de Justicia de la Haya de 19 de Noviembre de 2012, que delimitó la frontera marítima entre Colombia y Nicaragua en el mar caribe, por medio de la cual Colombia perdió 75.000 Kilómetros de mar territorial que consideraba suyos. Se quiera o no, dicho fallo modifica de plano el territorio Colombiano y el artículo 101 de la Constitución Política. La segunda evidencia se refiere al alcance de las sentencias de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, que en numerosos fallos, tras declarar la responsabilidad de los Estados por la violación de los derechos humanos, ha ordenado ordenado la modificación de leyes e incluso de la Constitución Política de algunos de los Estados parte, cómo se dispuso en las sentencias de fondo proferidas en los casos Radilla Pacheco contra México*³⁰ y Gelman contra Uruguay*³¹, por citar algunos fallos notorios.

Como resulta evidente el sistema de fuentes asiste a un proceso de reconfiguración, en el que se modifica el lugar del precedente judicial, que en algunos casos pasa a ser fuente formal primaria de Derecho³².

Concretando este acápite, es sobremanera relevante entender desde una perspectiva crítica el actual estado del alcance del Control de Convencionalidad en Colombia, el cual puede resumirse muy bien en las siguientes palabras:

El hecho innegable es que la Corte Constitucional desde la década del 2000 viene ejerciendo con relativa intensidad el control de convencionalidad, solo que no lo ha ejercido como control directo y normativo desde la Convención Americana y las reglas de la Corte Interamericana, sino como control opcional y alternativo, usando la figura del bloque de constitucionalidad. En otras palabras, la Corte Constitucional no hace control de convencionalidad directo, sino que ha ejercido preferentemente control de constitucionalidad,

29 QUINCE RAMÍREZ, MANUEL FERNANDO. *El precedente judicial y sus reglas*, Bogotá, Colombia, Editorial Universidad del Rosario – Legis S.A., 2014.

30 Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Radilla Pacheco contra Estados Unidos Mexicanos”, sentencia del 23 de noviembre de 2009, serie C n.º 209, puntos resolutive 10 y 11.

31 Corte interamericana de Derechos Humanos, “Caso Gelman contra Uruguay”, sentencia de 24 de febrero de 2011, serie C n.º 221.

32 QUINCE RAMÍREZ, MANUEL FERNANDO. *El precedente judicial y sus reglas*, Bogotá, Colombia, Editorial Universidad del Rosario – Legis S.A. 2014, Bogotá, Colombia, pp. 33-35.

incluyendo dentro de este, como otro de los argumentos normativos posibles, a la Convención Americana y a la jurisprudencia interamericana³³.

Desde ya se concluye este primer acápite en punto de aducir que, al no existir regulación normativa expresa frente a la redención de pena por parte de comuneros, al existir escaso pronunciamiento jurisprudencial al respecto, es el estándar internacional el patrón de interpretación de principios rectores y vacíos en punto de materializar derechos en sintonía con el *corpus iuris* del Derecho internacional que a su vez es Derecho Constitucional.

2. LA PONDERACIÓN COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS DE LA POBLACIÓN CARCELARIA

Naturalmente, cuando se habla de ponderación como mecanismo de protección de derechos de la población carcelaria en Colombia, me refiero a la población carcelaria indígena en concreto y sobre el tópico de redención de pena.

En pertinencia con el objeto del presente trabajo y es que finalicé el acápite anterior hablando de Control de Convencionalidad y se empieza este segundo acápite abordando la ponderación, existe una conexión lógica entre el Control de Convencionalidad y la ponderación, por cuanto, como se abordó en párrafos anteriores, no solo existe un vacío normativo y una escasa preceptiva jurisprudencial al respecto sino que, además, la Corte Constitucional avala las penas cerradas que la población indígena impone a sus comuneros, ello es, penas sin posibilidad de redención, y es sobre este tipo de penas en concreto que considero viable aplicar Control de Convencionalidad y ponderación en punto de interpretar constitucionalmente este fenómeno, y arribar a una conclusión diferente a la de la Corte Constitucional.

Respecto de las penas cerradas, es decir sin posibilidad de redención, la Corte afirmó que eran compatibles con el orden constitucional. Naturalmente está haciendo alusión al artículo 246 constitucional, que consagra que “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 leyes de la república”.

Destaco que la norma transcrita orienta la función jurisdiccional indígena en coherencia directa con la Constitución; no obstante, en mi opinión personal, es un contrasentido decir que las penas cerradas son compatibles con el modelo constitucional, cuando es un tipo de pena notoriamente contraria a preceptivas elementales en materia de dignidad humana y resocialización. Aunado a lo anterior, la autonomía

33 QUINCE RAMÍREZ, MANUEL FERNANDO. *El control de convencionalidad. Como control normativo y no como control simplemente erudito o formal*, p. 19, <<http://www.acdpc.co/concurso8.pdf>>

de los pueblos indígenas en su jurisdicción no es absoluta sino que, por el contrario, está condicionada a la Constitución y los derechos fundamentales que la misma consagra, y al tratado internacional.

En ese orden de ideas, en el entendido en que entran en tensión derechos de autonomía de los pueblos indígenas y los derechos fundamentales individuales de la población indígena, en manera alguna puede entenderse el derecho colectivo de autonomía como absoluto o simplemente prevalente, sino que, por el contrario, en cada caso en concreto se debe ponderar, y buscar el correcto entendimiento, así como el ejercicio y goce de derechos fundamentales.

Y es que si bien el comunero hace parte de una colectividad indígena, ello no implica que no sea titular de unos derechos individuales fundamentales, con categoría de derechos humanos protegidos por el *corpus iuris* del Derecho internacional y por la propia Carta Política. Derechos individuales como la dignidad humana, la resocialización, el derecho al trabajo, el derecho a la libertad, el debido proceso, etc.

Es en este punto de análisis en donde es pertinente la ponderación como mecanismo de optimización de justicia, y es que la ponderación tiene afectos y detractores, gran variedad de métodos, variables e intensidades. Prueba de ello son las múltiples concepciones que desde el Derecho constitucional y la teoría de la argumentación jurídica se tiene al respecto³⁴; sin embargo, en este apasionante tema de la ponderación, me parece una definición y método acertado el siguiente, según el tratadista Luis Eduardo Montealegre Linnet:

B. La forma en que la Corte Constitucional pondera:

Ajustes al método básico de conformidad con la complejidad del problema constitucional a resolver

1. Esquema del método básico y sus variantes más comunes

El método de ponderación aplicado por la Corte se estructura sobre la base de un esquema básico en tres pasos: a. El primer paso es el análisis del objetivo que justifica la disposición sujeta a control. Durante este primer paso, la Corte examina dos aspectos: i. La identificación de la meta o metas que la disposición busca materializar (¿cuál es la finalidad perseguida por el legislador?), y ii. Su valor constitucional (¿es la finalidad buscada constitucionalmente legítima?). b. El segundo paso es el análisis a través de los cuáles la disposición busca lograr la meta, básicamente para determinar si tales medios

34 MONTEALEGRE LINNET, LUIS EDUARDO. *La ponderación en el Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, octubre de 2008.

están o no prohibidos *prima facie*, (¿el medio empleado por el legislador está prohibido por la constitución?), y c. El tercer paso es el análisis de la relación entre los medio empleados y la meta que se busca, para efectos de determinar si los medios son aptos para el logro del objetivo que persigue la norma bajo revisión (¿es el medio empleado por el legislador idóneo para alcanzar el fin buscado?). Generalmente se hace referencia a este método cómo el “test de razonabilidad”, básico u ordinario. La norma juzgada será inconstitucional si no pasa alguno de los tres pasos del test³⁵.

Así las cosas, hagamos el análisis aproximado en el caso concreto respecto del derecho de autonomía y diversidad cultural, frente a los derechos individuales de los comuneros condenados a penas cerradas, a fin de verificar si en efecto dichos condicionamientos se cumplen.

Cabe preguntarse entonces: ¿Cuál fue la finalidad perseguida por el legislador (constituyente) cuando consagró la diversidad étnica y cultural, así como la Jurisdicción Especial Indígena? Personalmente creo que era reconocer esa diversidad étnica y cultural y mediante la consagración de una norma constitucional proteger a la totalidad de población indígena, totalidad que evidentemente incluye a los comuneros condenados, es decir, ¿cómo debe interpretarse esa autonomía y autodeterminación de los pueblos indígenas, en favor o en desmedro de los comuneros? Lógicamente, en favor de los comuneros, y es que el fin constitucional que buscaba el constituyente de 1991 era precisamente garantizar los derechos de esa población minoritaria e históricamente transgredida.

Ahora bien, en punto de cuál era la finalidad del constituyente al consagrar las normas que habilitan la diversidad o protección de pueblos indígenas, entiendo que los pueblos solicitaban esa autonomía y libertad para salvaguardar los derechos de sus pueblos y no para usar autonomía en detrimento de sus propios comuneros.

Además, y en punto de la intención del constituyente, nótese cómo el artículo 246 supra, aduce: “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 leyes de la república”. Destaco que **no** puede ser contrario a la Constitución, es decir, dicha norma no puede interpretarse aisladamente sino que, por el contrario, en una interpretación sistemática debe ser coherente con el contenido constitucional de dignidad humana, derecho de libertad, derecho del trabajo, derecho a la igualdad, debido proceso, derecho de resocialización, etc. Esa es la intención original del constituyente.

35 Ibid, p. 149.

Ahora bien, debemos preguntarnos: ¿La finalidad buscada es constitucionalmente legítima? Y considero que no, pues las penas cerradas no son constitucionalmente legítimas, máxime por cuanto las considero un contrasentido dentro de la misma cosmovisión de los pueblos indígenas, es decir, existe gran variedad de pueblos indígenas en Colombia, y no se puede afirmar con certeza que la totalidad o la mayoría de ellos acepten dentro de sus usos y costumbres tradicionales las penas cerradas; por el contrario, son muy pocos los cabildos más *tradicionales* o *conservadores* que contemplan ese tipo de sanciones, de manera que no puedo decir que en ese tipo de penas cerradas haya representatividad de la totalidad de los pueblos indígenas o sea un respeto por la autonomía de la totalidad de estos.

Lastimosamente, y tras una ardua tarea de búsqueda, se concluyó que no existen trabajos de análisis rigurosos en punto de la concepción de redención de pena por parte de los pueblos indígenas, y es que precisamente esa es una de las virtudes del presente trabajo: pensar y dar soluciones sobre un tema prácticamente desconocido. Ahora bien, también cabe preguntarse: ¿El fin de penas cerradas será constitucionalmente legítimo? Creería que no, inclusive en gracia de discusión y en caso de que la población indígena de manera muy particular considere que el cumplimiento de las penas cerradas es un símbolo del respeto que el Estado debe tener, hacia su autonomía y autodeterminación, esa particular percepción debe ceder ante carísimos fines constitucionales del ser humano al que se está aplicando esa sanción, y es que por encima de la autodeterminación y autonomía de los pueblos se encuentra las prohibiciones de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, así como la prohibición de cadena perpetua.

Finalmente, ¿el medio usado por las autoridades indígenas es idóneo para alcanzar el fin buscado? Por las razones antes aludidas considero que no, pues existen otros métodos para optimizar el respeto hacia los usos y costumbres tradicionales, que no implican el sacrificio de garantías y derechos constitucionales de los comuneros.

Creo que por esas breves consideraciones y en una aproximación demasiado somera en un ejercicio de ponderación básico, la autonomía y autodeterminación de los pueblos indígenas respecto de las penas cerradas no debe prevalecer frente a los derechos humanos individuales de los comuneros.

No soy experto en Derecho constitucional, pero creo que el sentido común ayuda bastante a entender el sentido de las cosas.

Ahora bien, otras razones que justifican esta concepción, y visto desde otro enfoque, es que en Colombia la Corte Constitucional ha dicho que³⁶, ante la falta de mecanismo de control judicial en el interior de las comunidades indígenas, procede la acción de tutela.

36 Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-514 de 30 de julio de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Ante la falta de doctrina colombiana que se ocupe del presente tema, afortunadamente en el Derecho comparado encontramos un evento muy similar, en donde los derechos de autonomía de los pueblos indígenas entran en tensión directa con derechos individuales de comuneros indígenas. Nótese cómo al revisar la pena de muerte consagrada por parte de algunas comunidades indígenas en el Ecuador la doctrina extranjera sostiene³⁷:

Dentro de las particularidades que marcan el Derecho Penal ecuatoriano desde el punto de vista constitucional, encuéntrese establecido con absoluta determinación la proscripción de pena de muerte. Por la jerarquía constitucional de dicho distintivo no puede existir válidamente Derecho positivo, ni consuetudinario capaz de superar tal limitación. Por lo mismo la autonomía de la llamada jurisdicción indígena, no le alcanza, no le puede alcanzar para obviar tan clara restricción. Así las cosas, ninguna autoridad indígena, puede imponer válidamente, por multitudinaria (y hasta eufórica) que fuera la aprobación de la comunidad o de la norma la pena de muerte a un miembro de la respectiva comunidad indígena.

Nótese cómo, desde la doctrina foránea, se entiende que la autonomía de los pueblos indígenas no es un derecho absoluto, y que existen derechos fundamentales individuales de los comuneros que no se pueden diluir en el discurso de autonomía de pueblos indígenas.

En Latinoamérica existe un país con fuerte tradición indígena, y es que en esta sentencia del Tribunal Constitucional Boliviano, respecto de la doctrina del pluralismo jurídico se dijo³⁸:

La Constitución reformada en 1994, reconoce que Bolivia es un país Pluri étnico y multi cultural. Una parte de esa pluriculturalidad se encuentra relacionada estrechamente con un pluralismo jurídico vigente desde la época de la conquista y la colonia, puesto que la justicia comunitaria ha sobrevivido desde entonces, no obstante que existe desde épocas precolombinas, aunque reconocido recientemente por la ley suprema.

La vigencia de dicho pluralismo jurídico tiene una trayectoria histórica importante, como resultado de una doble relación de los sectores dominantes: la de resistencia por mantener sus estructuras comunitarias autónomas frente al Estado, pero al mismo tiempo, la relativa a la asimilación de las prácticas dominantes en un proceso lento y evolutivo de homogenización cultural. En

37 HERNÁNDEZ TERÁN, MIGUEL. *Justicia Indígena, Derechos Humanos y Pluralismo Jurídico, análisis, doctrina y jurisprudencia*, Editorial Ibáñez, Bogotá, abril de 2017, p. 81.

38 Bolivia, Tribunal Constitucional, Sentencia n.º 0860/2007 R-2007.

un País con diversas etnias y culturas cómo es Bolivia las comunidades campesinas e indígenas mantienen con mucha fuerza instituciones y prácticas de trabajo, de relaciones humanas, intrafamiliares, de repartición de la tierra, y de resolución de conflictos.

Esta y otras ideas permiten conectar una lógica interpretación en donde el componente constitucional del Derecho penal liberal trasciende las más cerradas interpretaciones en procura de la dignidad humana.

Lastimosamente, un estudio sociológico/ antropológico en el interior de estas comunidades nos permitiría comprender la cosmovisión de la pena por parte de la diversidad de pueblos indígenas; no obstante, dichos estudios aún no se han realizado. Y este trabajo puede ser la inspiración que inquiete futuros estudios.

2.1. La negativa de la redención frente a la teoría de la pena

Ahora bien, una perspectiva de penas cerradas creería que también es incompatible con el modelo constitucional colombiano de penas, o con la teoría de la pena que constitucionalmente se maneja en Colombia, y es que así lo advierte Juan Pablo Urbina, al comentar la jurisprudencia que explica la naturaleza de la rebaja de pena por vía de redención:

La redención de pena es el elemento neurálgico de la fase de la ejecución de la pena privativa de la libertad en un sistema que privilegie como fin la resocialización de los internos. A través de este instrumento, los internos se ven motivados a tener un buen comportamiento durante su reclusión y a practicar actividades artísticas, deportivas, de lectura, trabajo, estudio, recreación o enseñanza, para recibir en contraprestación un abono de pena adicional, con el que pueden reducir el tiempo efectivo de privación de la libertad y, de contera, acceder a los beneficios administrativos y judiciales propios de cada fase del tratamiento penitenciario³⁹.

Desde el ámbito legal y a términos del artículo 4 del Código Penal colombiano, “la pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial y protección al condenado”, al tiempo que “la prevención especial y la reinsertión social operan en el momento de la ejecución de la prisión⁴⁰”.

Ahora bien, analicemos el problema: desde la perspectiva eminentemente retributiva, al parecer permea la ideología de las penas duras, y desde una visión cruda de

39 URIBE BARRERA, JUAN PABLO. Comentario a la Sentencia 35.767 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

40 Código Penal. Art. 4.

la resocialización, según la cual ese fin de la pena consiste en “un tratamiento de readaptación a un sistema ideológico (el dominante)”⁴¹. Si admitimos lo anterior como verídico, encontramos que el trabajo y estudio penitenciarios que permiten la redención de pena, que son instituciones que trascienden por su importancia en el campo de la teoría de la pena, van dirigidos a amoldar al preso al respeto de la cultura occidental –la dominante–, lo que denuesta con la preservación de las culturas indígenas, por lo cual aboga con ahínco nuestra Carta Política, ya que estas, en su mayoría, asignan a la pena función únicamente retributiva, y no podría el juez ejecutor alterar esa concepción indígena de la pena. Así pues, la redención de pena como desarrollo del fin resocializador llevaría a occidentalizar al presidiario indígena, de modo que, bajo esta mirada cruda del dicho fin penal, esos presos ni siquiera deberían acceder al trabajo y estudio penitenciario. Para este comentarista, surge la pregunta (pero no la respuesta) de si es jurídicamente factible que el indígena condenado acceda a la redención de pena cuando, en uso de su autonomía personal, opta por renunciar a su identidad cultural, pues en tal caso entran en tensión los derechos de este con los de la comunidad indígena a aplicar justicia en sus términos.

No obstante, sería el mismo comunero el titular de los derechos a preservar sus usos y costumbres tradicionales y a solicitar la redención de pena. En suma, lo que se dice es que si es el comunero el que solicita la redención de pena, se sobrentiende la renuncia en algún grado de la preservación de sus usos y costumbres tradicionales a fin de obtener un provecho personal mayor, y viceversa, si no solicita la redención por cuanto la ejecución práctica contraría aquellos usos costumbres tradicionales, en realidad sería una decisión que tome el comunero en mayor beneficio personal.

Recordemos que el fin retributivo de la pena implica imponer una sanción –la pena– a quien cometió un acto no permitido –el delito–, en lo que se considera un acto de justicia –metafísico, claro–, importa, pues, realizar el acto de justicia, sin importar que los efectos que derivan de él sean perniciosos o beneficiosos socialmente, o, como dijo el poeta, se pule un verso aunque arda el mundo, es decir, se hace el acto de justicia aunque los efectos de ello devengan indeseables socialmente, aunque, claro, también esos efectos pueden ser positivos. Lo anteriormente expuesto sirve para explicar que la retribución por la que apuestan las comunidades indígenas, que conlleva una pena asaz larga, tiene como efecto, empíricamente comprobado⁴², la *desocialización* del convicto, de manera que se satisface el prurito de la comunidad indígena de hacer el acto de justicia, pero a la par forma en prisión un ser avezado en el delito, por lo que aquí vemos otra tensión entre el interés general que propende por la evitación del delito que se ve afectado por la criminalización del preso que

41 FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN. *Derecho Penal Fundamental, Introducción al Derecho Penal, Tomo I*, Editorial Temis, segunda edición, ISBN 958-604-180-8, Bogotá, 1998, p. 362.

42 MUÑOZ CONDE FRANCISCO. *Derecho Penal y control social*, capítulo La prisión como problema: resocialización “versus” desocialización.

saldrá a la comunidad en esas condiciones, y el ánimo retribucionista de la comunidad cual sí se ve satisfecho, tensión que no se resolverá aquí en este comentario, pero que, apelando a los criterios de concordancia práctica y armonización concreta, podría encontrar solución justa.

Finalmente, ¿quién podría conocer de la petición de redención de pena si un comunero condenado por la jurisdicción indígena y el resguardo es de la concepción de penas duras y no admite peticiones de redención?

En cuanto a la competencia, para conocer de este tipo de solicitudes de redención de pena, la jurisprudencia ha establecido que la modificación de las condiciones de cumplimiento de la condena y la reducción del tiempo de privación efectiva de la libertad es de conocimiento y de competencia del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad⁴³.

No obstante, se presentan situaciones de coexistencia de dos jurisdicciones específicamente en la fase de ejecución de la pena y en algunos casos en la etapa de la imposición de la medida de aseguramiento. Esta dualidad de jurisdicciones ha conllevado que emerjan situaciones problemáticas, como el tema puesto a consideración.

En efecto, en no pocas ocasiones la jurisdicción ordinaria debe hacerse cargo del condenado que ha sido extraído de un pueblo comunero por diversidad de circunstancias, verbigracia, porque las comunidades indígenas no cuentan con la infraestructura carcelaria necesaria para el cumplimiento de las penas, o en casos en que se evidencia un peligro inminente para el individuo que ha sido condenado o para la misma comunidad indígena.

Resulta evidente y legal que un ciudadano que haya sido condenado por parte de la jurisdicción indígena, por la comisión de un delito, se encuentre cumpliendo su pena en una cárcel ordinaria, presentándose aquí el conflicto, o el problema en la práctica, resultante del hecho de que para los casos de los individuos indígenas pareciera que no existe la posibilidad de la redención de la pena, en los términos del artículo 4 del Código Penal, como quiera que existe un vacío legal en cuanto el legislador no ha reglamentado la forma ni los mecanismos como en estos casos pueda darse la forma de resocialización.

No obstante, de entrada, consideramos, en punto del tema de la resocialización de los condenados, que esta tiene su asiento en el principio constitucional de la *dignidad humana* y, por tanto, ningún habitante del territorio nacional que haya sido condenado podría estar desprovisto de este derecho, incluidos los habitantes de los pueblos indígenas.

43 Corte Constitucional. Sentencia de abril 30 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

En punto del tema de la resocialización, la Corte Constitucional ha reconocido que la función resocializadora de la pena debe estar presente en cada individuo condenado, como que el ser humano está dotado de la capacidad de arrepentirse, enmendar sus errores y resocializarse con el fin de volver a contribuir dentro de su comunidad⁴⁴.

Lo anterior implica que la ausencia de normatividad no puede ser excusa para la no aplicación del proceso de resocialización del individuo que ha sido condenado.

Si bien todas las comunidades indígenas tienen un estatus respecto de su libre autodeterminación, y en el caso concreto los procedimientos y las condiciones del ejercicio de la jurisdicción, se han establecido criterios por parte de la Corte Constitucional para solucionar los casos en donde entran en tensión, por un lado, el derecho a la libre determinación de los pueblos, y, por el otro, el debido proceso.

Así, en la sentencia T-254 de 1994 se precisó que para resolver la tensión entre los dos derechos lo primero que debe observarse es el grado de conservación de usos y costumbres que pueda demostrar cada comunidad indígena. Si el grado de conservación es alto, los límites se reducen; al contrario, si el grado de conservación es bajo, los límites se amplían⁴⁵.

Posteriormente, en sentencia T- 349 de 1996, se cambia el criterio en el sentido de que los límites que tienen los pueblos indígenas de disponer del ámbito de su jurisdicción y de su procedimiento deben tenerse en cuenta las partes involucradas en el proceso que se ven afectadas por la jurisdicción indígena y que los únicos límites que encuentra la jurisdicción indígena serían los que atañen al derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la tortura y el debido proceso⁴⁶.

Finalmente, la Corte acoge la teoría de la ponderación, y en el proceso de armonización concreta, fase esta última en la técnica de la ponderación, estableció como sub-regla que en ningún caso la autonomía de los pueblos indígenas debe tener preponderancia sobre el debido proceso.

La conclusión que se extrae es que la falta de normatividad no puede ser pretexto u obstáculo para que las autoridades no realicen un proceso de redención de la pena, acorde con los fines constitucionales y legales de las penas.

¿Cómo entonces ha de realizarse el proceso de redención, respecto a individuos extraídos de las comunidades indígenas y que se encuentran cumpliendo la pena en cárceles ordinarias?

44 Corte Constitucional. Sentencia de Tutela T-208 de 2015.

45 Corte Constitucional. Sentencia de Tutela T-254 de 1994.

46 Corte Constitucional. Sentencia de Tutela T-349 de 1996.

Al respecto, la Corte nos habla de que la resocialización, en el caso de los individuos indígenas, comporta particulares circunstancias, como que no es lo mismo la resocialización de cualquier persona con la de un indígena, por lo que, apartándose de la regla de competencia, esta debe estar siempre en cabeza de la jurisdicción indígena. Se habla entonces de un proceso de resocialización diferenciado⁴⁷.

Dado el no cumplimiento del principio de resocialización en la práctica por parte de los gobernadores indígenas, el único medio que aparece viable es la acción de tutela, a fin de que se comine al Gobernador indígena, según el caso concreto, a realizar el proceso de redención.

CONCLUSIONES

1. Para que se pueda hablar de la aplicación del principio de resocialización de la pena dentro de la Jurisdicción Especial Indígena, debe desmontarse la idea de que el derecho a la autodeterminación en materia procedimental, que les asiste a los pueblos indígenas, es de carácter absoluto.
2. A fin de evitar el no cumplimiento del debido proceso y de los fines constitucionales, que evitarían que el problema estalle en males irremediables en la fase del cumplimiento de la pena, resulta imperioso regular el tema por parte del legislador.
3. Entre tanto subsista el problema, parece que el único medio idóneo para conjurar la situación es la acción de tutela, como así ha sucedido en algunos casos. Será el operador jurídico, en cada caso concreto, el que señalará los términos en que debe hacerse la redención de pena, siempre atendiendo al proceso de redención diferenciada.

BIBLIOGRAFÍA

Colombia, Constitución Política de Colombia, Artículos 1, 2, 8, 9, 10, 62, 68, 72, 150 entre otros.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-685 de 4 de Noviembre de 2015. M.P. Myriam Ávila Roldán. Sentencia C-394 de 7 de septiembre de 1995 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, entre otras.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-718 de 24 de Noviembre de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

47 Corte Constitucional. Sentencia de Tutela T-208 de 2015.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-019 de 20 de enero de 2017, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-603 de 2 de Octubre de 2017, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

Colombia, Corte Constitucional sentencia T-267 de 8 de mayo de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Colombia, Corte Constitucional sentencia T-127 de 9 de marzo de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Colombia, Corte Constitucional sentencia T-388 de 28 de junio de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa.

Colombia, Corte Constitucional sentencia T-640 de 17 de octubre de 2017, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

Colombia, Corte Constitucional sentencia T-009 de 18 de enero de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional la sentencia T-1105 de 6 de noviembre de 2008 con M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia T- 515 de 20 de septiembre de 2016, M.P. María Victoria Calle Correa.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-097 de 16 de febrero de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia de 5 de diciembre de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-515 de 20 de septiembre de 2016, M.P. María Victoria Calle Correa.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-515 de 20 de septiembre de 2016, M.P. María Victoria Calle Correa, consideración jurídica número 4.2

Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-208 de abril de 2015, M.P. Gloria Estela Ortiz Delgado.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia de abril 30 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia de Tutela T-208 de 2015.

Colombia, Corte constitucional. Sentencia de Tutela T-254 de 1994.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia de Tutela T-349 de 1996.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia de Tutela T-208 de 2015.

Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal, sentencia de 8 de noviembre de 2017, radicado SP 18449-2017, 47,608, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, sala de casación Penal, radicación 35767 de 6 de junio de 2012, M.P. José Leónidas Bustos Martínez.

DE LA HOZ MILLÁN ADALBERTO. *Defensoría del Pueblo de Colombia, Dirección Nacional de Defensoría, Temas de defensa penal tomo II, El control Difuso de convencionalidad en la medida de aseguramiento de detención preventiva intramural*, Bogotá - Colombia, Editorial Defensoría del Pueblo de Colombia, diciembre de 2015, p. 73.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA JUAN. *Derecho Penal fundamental, introducción al Derecho Penal, Tomo I*, Editorial Temis, segunda edición, ISBN 958-604-180-8, Bogotá, 1998, p. 362.

MONTEALEGRE LINNET, LUIS EDUARDO. *La ponderación en el Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, octubre de 2008.

MUÑOZ CONDE FRANCISCO. *Derecho Penal y control social, capítulo La prisión como problema: resocialización “versus” desocialización*.

QUINCHE RAMÍREZ MANUEL FERNANDO, *El precedente judicial y sus reglas*, Editorial Légis, Bogotá – Colombia, octubre de 2014, p. 30.

QUINCHE RAMÍREZ MANUEL FERNANDO, “El control de convencionalidad. Cómo control normativo y no cómo control simplemente erudito o formal”, p. 2, <<http://www.acdpc.co/concurso8.pdf>>.

QUINCHE RAMÍREZ MANUEL FERNANDO. *El precedente judicial y sus reglas*, Bogotá – Colombia, Editorial Universidad del Rosario – Legis S.A. 2014.

Corte Interamericana de Derechos Humanos – CIDH. “Caso Cabrera García y Montiel Flores contra México”. Sentencia de noviembre 26 de 2010. Serie C n.º 220. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer, párrafo 87.

Corte interamericana de Derechos Humanos – CIDH. “Caso Radilla Pacheco contra Estados Unidos Mexicanos”, sentencia del 23 de noviembre de 2009, serie C n.º 209, puntos resolutivos 10 y 11.

Corte interamericana de Derechos Humanos – CIDH. “Caso Gelman contra Uruguay”, sentencia de 24 de febrero de 2011, serie C n.º 221.