
Cárcel kapuría: las rutas del encarcelamiento de indígenas en Colombia*

Libardo José Ariza** y Rolando Zambrano Coral***

Resumen

Desde la promulgación de la Constitución colombiana de 1991, se ha creado y puesto en marcha un régimen jurídico e institucional que intenta responder a los reclamos políticos del multiculturalismo. Este texto analiza el encarcelamiento de indígenas en este contexto multicultural, mostrando los distintos factores que inciden en la adopción del encierro penitenciario como respuesta a la *desviación criminal* del indígena. Para ello, el texto propone una tipología de rutas de entrada del indígena a prisión y el peso relativo que tienen los factores explicativos propuestos —la persistencia del colonialismo interno, la política criminal contextual y la atrofia institucional indígena— en el proceso de encarcelamiento de indígenas en Colombia.

Palabras clave: Indígenas – Prisión – Multiculturalismo – Colonialismo interno

161

Abstract

Since the enactment of the 1991 Colombian Constitution, a legal and institutional regime that attempts to answer the political claims of multiculturalism has been launched in the country. This text analyzes the phenomenon of incarceration of members of indigenous peoples within this multicultural context, showing the various factors leading to the adoption of prison confinement as a response to those members' *criminal deviation*. To this end, the text proposes a typology of the different paths leading members of indigenous groups to prison and the relative weight a number of explanatory factors—the persistence of domestic colonialism, contextual criminal policy, and the atrophy of institutions pertaining to indigenous peoples—have in the process of their incarceration in Colombia.

Key words: Indigenous populations – Prison – Multiculturalism – Domestic colonialism

*Este artículo es el resultado del trabajo realizado por los autores dentro del programa de Maestría de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.

**Profesor, Facultad de Derecho Universidad de los Andes.

***Estudiante de Maestría, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes.

Cárcel kapuría: las rutas del encarcelamiento de indígenas en Colombia

Libardo José Ariza y Rolando Zambrano Coral

“Los indios revoltosos desafiaban la autoridad de los funcionarios del pueblo, conspiraban para apoderarse de los puestos de gobierno local, o actuaban como grupos sin ley, a costa de la comunidad. Si las autoridades del pueblo se consideraban incapaces de poner en orden a sus malhechores, llevados por la exasperación podían pedir ayuda al gobernador español, o apelar al gobierno virreinal” (Borah 2006: 205).

Introducción

163

Dentro de la llamada Constituyente Embera de Cristianía, las autoridades tradicionales de esta comunidad indígena decidieron darse a la tarea de adecuar su derecho propio para responder a las exigencias derivadas del reconocimiento constitucional de la Jurisdicción Especial Indígena (Valencia 2010). Uno de los puntos principales fue el diseño de sus castigos. Además de la definición y clasificación de faltas de acuerdo con su gravedad, la creación de procedimientos y la atribución de competencias a las autoridades propias, se discutió la necesidad de definir un mecanismo para responder al comportamiento “criminal” de algunos de sus miembros más problemáticos. Aparentemente, su acervo de castigos tradicionales había resultado insuficiente para controlar la amenaza del *indígena peligroso*. La respuesta, que se dice transitoria pero que parece orientarse hacia la permanencia irremediable, se conoce como la cárcel kapuría, la cárcel de los blancos, de los no indígenas, y es la forma como el pueblo indígena Embera ejecuta las sanciones a los comportamientos de sus miembros que afectan gravemente su derecho propio.

Además de las cárceles de Andes y Jardín, instituciones a las que rutinariamente son enviados los miembros Embera peligrosos, el Estado colombiano cuenta con su propia institucionalidad para responder al comportamiento del indígena criminal. El Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Popayán que se encuentra inserto en el aparato burocrático penitenciario colombiano majeadado por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, se ha convertido en la cárcel “indígena” para el sistema penal colombiano. Allí son recluidas aquellas personas que, para efectos del derecho penal colombiano y la ejecución de la pena privativa de la libertad, no son

consideradas portadoras de una identidad diferenciada y, por ello, son excluidas de la Jurisdicción Especial Indígena.¹

La cárcel kapuría se ha unido al archipiélago penitenciario (Foucault 1989) colombiano como un nuevo islote, casi anónimo en inexplorado, que da forma al arreglo institucional para la reclusión del indígena catalogado como criminal. En este artículo intentamos navegar las sombrías aguas de este archipiélago, mostrando las prácticas discursivas e institucionales que, poco a poco, han ido formando dicho arreglo. También, proponemos un marco analítico para estudiar el funcionamiento de la pena- como privación del derecho a la libertad- en relación con los pueblos indígenas de Colombia.

La propuesta que aquí se presenta se basa en las siguientes consideraciones. La primera de ellas es teórica. Gran parte de los estudios contemporáneos que se ocupan de las relaciones entre el sistema penitenciario y carcelario y la identidad étnica/racial han girado en torno a la explicación de la desproporción penitenciaria.² A pesar de su importancia y de las agudas reflexiones que han suscitado, su alcance explicativo es limitado cuando se trata de estudiar la reclusión étnica y culturalmente diferenciada en contextos en los cuales dichas desproporción no se presenta o, por lo menos, no en los niveles excesivos que dan lugar al encarcelamiento masivo en países centrales. En la primera parte de este texto nos ocupamos de este tema.

En la segunda parte presentamos una precisión adicional, la cual se refiere a la relativa capacidad explicativa del discurso jurídico –constitucional/penal- como principal perspectiva para abordar la situación. En lugar de una aproximación puramente normativa, o una que deseche la importancia del discurso jurídico, sostenemos que la construcción relativamente autónoma de enunciados y conceptos que realiza el discurso penal sobre el comportamiento “criminal” del indígena, y las respuestas que ofrece, debe ser estudiada en relación con la influencia ejercida por factores externos que moldean dicha construcción.³ En especial, hacemos énfasis en la incidencia del colonialismo interno y de la política criminal contextual como factores explicativos principales.⁴ La tipología que hemos

164

1. La existencia de cárceles indígenas, por supuesto, no es un fenómeno reciente o derivado de la implementación de un régimen constitucional pluriétnico y multicultural. Para un análisis detallado sobre el encarcelamiento de indígenas, en especial, lo relacionado con el funcionamiento de las cárceles indígenas de Santiago Tlatelolco y San Juan de Motolán en la Nueva España durante la colonia española, ver Borah (1996: 67).

2. Se entiende como desproporción penitenciaria la presencia mayoritaria dentro de la población reclusa de una población minoritaria en la sociedad libre. El término ha sido acuñado para describir la presencia desproporcionada de afroamericanos en el sistema penitenciario estadounidense y de extranjeros no comunitarios en el caso de la Unión Europea.

3. Partimos entonces de una aseveración sobre la autonomía relativa del discurso jurídico frente a los enunciados y categorías que son construidos en otros campos. En este sentido, el discurso jurídico es a la vez autónomo –en lo que se refiere a la elaboración de sus categorías propias- pero a la vez dependiente de otros discursos que reclaman autoridad. Estas consideraciones serían aplicables al discurso en general (Foucault 2005). Para un análisis detallado de la autonomía relativa del derecho, ver Bourdieu (2000) y Teubner (2002).

4. La noción de colonialismo interno expresa la continuidad de la subordinación política, económica social y, también, epistémica de los pueblos originarios en el contexto de los Estados nación poscoloniales. Como lo señala González Casanova, “Los pueblos, minorías o naciones colonizados por el Estado-nación sufren condiciones semejantes a las que los caracterizan en el colonialismo y el neocolonialismo a nivel

denominado “rutas de ingreso” de indígenas a la prisión intentan sintetizar la propuesta analítica y metodológica sobre la que se apoya este texto.⁵ Cada una de las rutas enseña la incidencia que tiene el factor explicativo identificado en el fenómeno, mostrando que el encarcelamiento de indígenas en Colombia es el resultado de un complejo proceso que combina variables jurídicas, históricas y contextuales. La cárcel kapuria es, en cierto sentido, la condensación institucional de estas prácticas y discursos.

I. La desproporción penitenciaria

La institución penitenciaria ha sido interpretada como un instrumento para la dominación y subordinación de grupos minoritarios racial, étnica y culturalmente diferenciados. Esta perspectiva se desprende de dos situaciones diferentes, aunque íntimamente relacionadas. Por una parte, del contexto poscolonial, en el cual la segregación punitiva y la concentración de indígenas en prisiones se interpretan como instrumentos de castigo y civilización. A pesar de que las cárceles como lugares de diferenciación han sido poco teorizadas, existen algunos trabajos que permiten trazar la relación entre encarcelamiento y diferencia étnica y cultural, señalando la incidencia del castigo en el proceso de asentamiento y consolidación de la dominación colonial (Harper 2001: 9). Como lo indica Edney, para el caso de Australia, el encarcelamiento de indígenas, tanto histórico como contemporáneo, forma parte de una estrategia que busca *crear* a las comunidades autóctonas como un grupo social y políticamente subordinado. Junto con las prácticas de desplazamiento y asentamiento territorial, la utilización del sistema penal contra los indígenas señala la existencia de un proceso de colonización aún en marcha que pretende “cultivar y perpetuar la alteridad de los pueblos indígenas” (2002: 220).⁶

165

internacional (...) se encuentran en situación de desigualdad frente a las elites de las etnias dominantes y de las clases que las integran; su administración y responsabilidad jurídico-política conciernen a las etnias dominantes, a las burguesías y oligarquías del gobierno central o a los aliados y subordinados del mismo; sus habitantes no participan en los más altos cargos políticos y militares del gobierno central, salvo en condición de “asimilados”; los derechos de sus habitantes y su situación económica, política, social y cultural son regulados e impuestos por el gobierno central” (2006: 409). Para un análisis de la relación entre colonialismo y epistemología, ver la serie de trabajos compilados en Lander (2003).

5. Las rutas de ingreso de indígenas a prisión son, ante todo, una construcción metodológica que se basa en la noción de tipo ideal de Weber (1973). En este sentido, no pretenden ser un “reflejo” de lo realmente existente sino ante todo una herramienta que permita aproximarse analíticamente a la situación que se estudia.

6. Esto no supone, por supuesto, que el derecho penal y la institución penitenciaria sean los principales o únicos campos en los que se verifica la subordinación. De hecho, como se verá más adelante en este texto, la institución penitenciaria se encuentra inserta en un arreglo institucional y de prácticas más amplio. En el caso australiano, por ejemplo, habría que agregar a lo anterior las políticas de remoción de los niños aborígenes de sus familias, las llamadas generaciones perdidas (Van Krieken 1999: 299). Con base en una perspectiva histórica Brown sostiene, por ejemplo, que las políticas y estrategias de “exceso penal” como el encarcelamiento masivo o la pena de muerte ejemplarizante no son innovaciones sino prácticas arraigadas en la modernidad penal, utilizadas y probadas en contextos coloniales, que se manifiestan cíclicamente. El fenómeno actual, en consecuencia, no representa una innovación o un cambio en la lógica de la penalidad moderna, como es el argumento de David Garland (2001), sino que forma parte de su propia lógica (2002: 404).

Por otra parte, la relación entre prisión e identidad se ha estudiado en el contexto del encarcelamiento masivo contemporáneo y su afectación diferencial sobre poblaciones minoritarias, étnica, nacional o culturalmente agrupadas. En efecto, la constatación cuantitativa de la representación excesiva en el sistema penitenciario de personas identificadas con base en su pertenencia étnica, racial o cultural, ha dado lugar a un fenómeno que ha sido descrito como desproporción penitenciaria.⁷ Posiblemente el ejemplo más dramático de esta tendencia, por su magnitud y repercusiones a escala global, es el caso estadounidense.⁸

La desproporción penitenciaria, igualmente, ha generado un intenso debate sobre las posibles relaciones entre las minorías étnicas y el sistema judicial y penitenciario que ha hecho que el factor “racial” o “étnico” cobre protagonismo para la interpretación de los sistemas punitivos frente a la tradicional preponderancia de las variables económicas.⁹

7. Desde la década de los años ochenta se ha presentado un cambio significativo en la composición de la población carcelaria en varios países, principalmente en Europa, Norteamérica y Oceanía. Las prisiones han pasado a recluir grupos poblacionales definidos en términos étnicos y raciales. En los países europeos el sistema penal se ha concentrado, principalmente, en las minorías étnicas y raciales formadas por los inmigrantes y sus descendientes. De hecho, en algunos países los extranjeros constituyen el 30 por ciento de la población carcelaria y, en ciertos centros industriales, alcanzan el 50 por ciento. En Gran Bretaña, mientras que las minorías étnicas constituyen apenas el 5 por ciento de la población del país, representan el 17 por ciento de la población reclusa masculina y el 24 por ciento de la femenina (Matthews 1999: 208). Albrecht señala que la utilización de la prisión ha disminuido en el caso de los alemanes nacionales desde finales de los años sesenta y que el aumento de las tasas de encarcelamiento se debe únicamente al “aumento cuantitativo de las minorías extranjeras” (1997: 81-82).

8. El sistema penitenciario de este país ha sextuplicado su tasa de encarcelamiento en tan sólo veinte años. Mientras que en 1970 mantenía una tasa de 110 personas presas por cada 100,000 habitantes, a mediados de la década de los años 90 alcanzó la cifra de 680 personas presas por cada 100,000 habitantes (Garland 2001: 5). Actualmente, la tasa de encarcelamiento en este país es de 750 por cada 100,000 habitantes (Alexander 2011: 6). Si la situación, en sí misma, resulta escalofriante, el panorama resulta aún más aciago cuando se analiza la composición de la población carcelaria. Las cifras muestran con claridad la concentración de los mecanismos de control penal en los grupos raciales minoritarios (Blumstein 1982 y 1993). La marcada concentración del sistema penitenciario en el control y sometimiento de la población negra ha hecho que autores como Jacobs (1995) sostengan que, en Estados Unidos, la prisión es una de las pocas instituciones controladas por los afroamericanos. Harto conocido es el análisis de este fenómeno realizado por Wacquant en el contexto europeo, situación que define asegurando que los “extranjeros y cuasi extranjeros serían los negros de Europa” (1999: 216).

9. La introducción de la perspectiva político-económica en el análisis de los sistemas punitivos europeos se presenta, principalmente, con los trabajos de Rusche (1979) y Rusche y Kirchheimer (1984) en su estudio clásico sobre la relación entre el mercado de trabajo y los sistemas punitivos. Para estos autores, el castigo como tal no existe, sólo existen sistemas concretos de castigo y prácticas específicas de criminalidad que dependen de las condiciones materiales de existencia de cada momento histórico. Dichos sistemas están regidos por lo que denominan como “principio de menor elegibilidad”, es decir, por el hecho de que las condiciones de vida en la prisión nunca deben ser mejores a las del sector más pobre y desposeído de la sociedad. En relación con el mercado laboral el sistema punitivo cumpliría tres funciones principales. En primer lugar, compensaría las imperfecciones del mercado incrementando los incentivos para vincularse a un puesto laboral legítimo, incluso en condiciones precarias. En segundo lugar, fortalecería la división entre los miembros respetables y no respetables del proletariado señalando simbólica y materialmente el peligro que supone la no participación en el mercado laboral. Por último, asumiría el control de aquellos que por su marginalización económica y/o social no pueden competir en el mercado y que no son insertados en el sistema de bienestar (Matthews 1999: 49). La actual situación de encarcelamiento masivo es descrita, por ejemplo, como una administración punitiva de la pobreza (Rivera 2005) o como una dictadura sobre los pobres (Wacquant 2005). A pesar de sus diferencias de énfasis y perspectivas,

Las explicaciones teóricas de la desproporción penitenciaria se han ocupado de dar cuenta de los factores que inciden en la concentración del sistema judicial y penitenciario en grupos humanos específicos, bien tratando de indagar si se está en presencia de un racismo institucional (Blumstein 1993; Tonry 1999) o si se trata de una manifestación cultural (Kahn 1999; Brown 2002; Simon 2002).¹⁰

Especialmente interesantes resultan los trabajos que indagan la presencia de una nueva estrategia de construcción del orden racial dentro del neoliberalismo (Wacquant 1999, 2000 y 2001). Desde esta perspectiva, en lugar de asumir que las divisiones raciales o culturales son preexistentes e independientes de los dispositivos de control, es necesario estudiar la manera en que éstos contribuyen a su creación. Como lo señala Wacquant, la prisión y las demás “instituciones peculiares” que históricamente han asumido la tarea de controlar y someter a las minorías raciales no se limitan simplemente a “procesar una división etnoracial que de cierta manera existiría fuera e independientemente de ellas. Más bien, cada una de ellas produce (o co-produce) esta división” (Wacquant 1999: 116-17). Este autor sostiene que para entender el actual “ennegrecimiento” de las prisiones en Estados Unidos es necesario “reubicar” a la institución penitenciaria dentro del contexto histórico de la dominación y división etnoracial sobre el que se ha edificado la nación (Wacquant 2001: 98-99). La actual prisión, junto con las demás “instituciones peculiares” –la esclavitud, el sistema de Jim Crow, el gueto urbano y la mezcla entre los vestigios del gueto y el aparato carcelario- históricamente han asumido la tarea de construir y reproducir las diferencias raciales para mantener la frontera arbitraria que separa a los afro americanos de las demás personas en los Estados Unidos, es decir, para construir un orden racial y nacional en el que no tienen cabida las minorías raciales negras y latinas (*Ibid.*, 116-117). La prisión, en consecuencia, debe ser estudiada ubicándola dentro de las demás instituciones que históricamente han sido empleadas para “definir, confinar y controlar” a las minorías raciales y garantizar, por medio de ellas, el mantenimiento del orden racial. Como lo señala Alexander, “el encarcelamiento masivo (...) ayuda a definir el significado y la importancia de la raza en América. En efecto, el estigma de

167

las interpretaciones brevemente reseñadas estudian la incidencia de los sistemas punitivos en la creación de un tipo de subjetividad específica, esto es, la constitución de los individuos como un “proletariado socialmente seguro” (Melossi y Pavarini, 1981: 148-149) o en la transformación de la “vida de los hombres en fuerza productiva” (Foucault 1999: 255), sin que los factores de pertenencia cultural o el género de los individuos sean relevantes para el análisis del funcionamiento de los sistemas punitivos en particular, ni para el análisis de los procesos de creación de identidades en general.

10. Blumstein sostiene que la desproporción racial se debe, principalmente, a las “diferencias raciales en el arresto” (1999: 386). En su opinión, si existe una inclinación racista dentro del sistema ésta no se encuentra en el proceso judicial sino en la labor policial, etapa en la que las personas negras son más vulnerables a la discriminación: “Incluso si concluimos que las diferencias raciales en la prisión no pueden ser atribuidas predominantemente a la discriminación tras el arresto, puede que siga existiendo una fuerte diferencia racial en la vulnerabilidad frente al arresto” (1999: 391). Otro grupo de trabajos se concentra en el análisis de las relaciones entre el origen nacional o racial y el tipo de delito que se comete. De este modo, la representación excesiva de ciertos grupos poblacionales en el sistema penal se debe en parte a la orientación de la política criminal en un momento dado. En este sentido, por ejemplo, Tonry sostiene que este fenómeno se debe, principalmente, a la política de guerra contra las drogas y a las diferencias raciales en la participación en el consumo de ciertas drogas y en la comisión de distintos tipos de crímenes (1999:402).

la criminalidad funciona de manera muy semejante a como ya lo hizo el estigma de la raza” (2011: 18).

La breve exposición de la discusión contemporánea sobre el encarcelamiento masivo étnica y culturalmente diferenciado permite extraer varias reflexiones pertinentes para el análisis que aquí se intenta desarrollar. En primer lugar, una reflexión contextual. Los análisis se producen en escenarios en los cuales las minorías tienen, o han tenido, un fuerte peso como mano de obra y se erigen como un actor económicamente relevante, bien sea la población afroamericana en los Estados Unidos o la población inmigrante extranjera no comunitaria en los países de la Unión Europea (Albrecht 1997; Cid 2005; Calavita 2003; Melosssi 2003). En segundo lugar, una reflexión identitaria. En estos contextos la identidad colectiva aparece como una cuestión fundamental para entender por qué los sistemas punitivos se concentran mayoritariamente en poblaciones definidas en términos de alteridad y, en este sentido, invitan a ubicar el estudio desde el punto de vista de la diada colonial/racial.¹¹

Es importante resaltar que, en la mayoría de los análisis reseñados, el discurso jurídico se entiende como un instrumento o reflejo de procesos estructurales más amplios y no juega un papel autónomo relevante. Por ello, para el análisis desarrollado en este texto se tienen en cuenta estas importantes afirmaciones con el propósito de formular una pregunta contextualmente distinta. La pregunta que informa este texto no es, por lo tanto, ¿por qué existe desproporción penitenciaria en el caso de los grupos étnicos y las minorías nacionales? En su lugar, la cuestión que quisiéramos plantar es ¿cómo llegan los indígenas a prisión en un contexto multicultural en el cual el discurso jurídico enuncia la autonomía jurisdiccional de los pueblos indígenas? En lo que sigue de este texto justificamos por qué creemos que la pregunta es relevante y cómo intentamos responderla.

II. El Indígena en prisión

En los últimos años el sistema penitenciario y carcelario colombiano ha experimentado un crecimiento importante. Por una parte, en términos de infraestructura, en diez años ha aumentado su capacidad de albergue en cerca de 23.616 cupos, representados en la construcción de los llamados *Establecimientos de Reclusión de Tercera Generación* (Ariza 2011). Por otra parte, el número de personas privadas de la libertad ha aumentado significativamente, pasando de una tasa de encarcelamiento de 100 por cien mil habitantes en el año 1992 a una cercana a las 231 personas para el año 2010.¹² Esta tendencia expansionista, no obstante, parece no haber alcanzado con la misma intensidad a los pueblos indígenas de

11. En Canadá, por ejemplo, los diferentes reportes sobre el encarcelamiento desproporcionado de indígenas señalan que la explicación más plausible es la persistencia del legado colonial. Al respecto, ver el informe de Jonathan Rudin “Aboriginal Peoples and the Criminal Justice System”, mayo 31 de 2007, dentro de la *Ipperwash Inquiry*. Disponible en: http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/inquiries/ipperwash/policy_part/research/pdf/Rudin.pdf

12. Instituto Nacional Penitenciario de Colombia, INPEC. Situación Penitenciaria y Carcelaria 1993-2012. Para un análisis detallado del sistema penitenciario colombiano, ver Iturralde (2011).

Colombia. En efecto, su participación en la población carcelaria y penitenciaria general se ha mantenido constante en los últimos años y, en este sentido, guarda cierta “proporción” frente al peso demográfico de los pueblos indígenas dentro de la población colombiana.¹³

En efecto, según las estadísticas disponibles suministradas por el Instituto Carcelario y Penitenciario INPEC¹⁴, el total de indígenas reclusos en los distintos centros penitenciarios del país ascendía a 663, de los cuales, 625 (94%) son hombres y 38 (6%) mujeres. Esto supone una representación proporcional si se tiene en cuenta que el número total de personas reclusas en Colombia, para el mismo año, alcanza la cifra de 100. 141 personas presas. En cuanto a la situación jurídica de estos indígenas, 539 (82%) se encuentran condenados, 122 (18%) sindicados y 2 (0%) presentaban inconsistencias. Respecto al tiempo de condena, 140 indígenas (120 hombres y 20 mujeres) fueron condenados a penas entre 1 a 5 años; 171 (162 hombres y 9 mujeres) con penas entre 5 a 10 años; 140 (137 hombres y 3 mujeres) con penas entre 10 a 20 años; 78 (75 hombres y 3 mujeres) con penas entre 20 a 40 años y 10 (9 hombres y una mujer) purgan penas de más de 40 años.

En relación con los delitos cometidos por indígenas¹⁵, en los hombres el homicidio es el más reiterado con 199 casos. Siguen en su orden los delitos tipificados dentro del marco de la Ley 30 de 1986 (Estatuto Nacional Estupefacientes) con 117 casos, el hurto con 59, el acceso carnal violento con 53, el concierto para delinquir con 30, el secuestro con 28, otros delitos¹⁶ con 28 casos, rebelión con 26, diversas tipologías de delitos que implican actos sexuales con 25 casos, fabricación y transporte de armas con 22, extorsión con 21 y lesiones personales con 17 casos. En las mujeres indígenas, los delitos de mayor reiteración son los tipificados en la Ley 30 de 1986 con 24 casos, seguido por el homicidio con 6, rebelión con 3, otros delitos¹⁷ con 3 casos, secuestro con 1 y concierto para delinquir con 1 caso.¹⁸

169

13. Las cifras oficiales señalan que en el 2005, año del último censo disponible, 1.392.623 personas se identificaron como pertenecientes a un pueblo indígena. Esto supone que representan el 3,4% de la población del país. Departamento Administrativo Nacional de Estadística (2007). *Colombia. Una nación multicultural*. Disponible en: http://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/colombia_nacion.pdf. Visitado el 6 de Agosto de 2012.

14. Información Estadística a 2009.

15. Las cifras corresponde a los delitos cometidos por indígenas sindicados y condenados. Esta aclaración se extiende a las cifras presentadas en el caso de mujeres indígenas.

16. Los delitos a que se hace referencia son: violencia familiar 7 casos, terrorismo 4, fuga de presos 3, apoderamiento de hidrocarburos 3, conservación o plantación de cultivos ilícitos 2 casos, inasistencia alimentaria 2, receptación 2, tortura 2, constreñimiento ilegal 1, amenazas 1 y peculado por apropiación 1 caso.

17. Los delitos a que se hace referencia son: terrorismo, 2 casos y captación masiva y habitual de dinero del público, 1 caso.

18. La mayor participación de las mujeres con una identidad étnica o nacional diferenciado en los delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes parece ser una constante en distintos contextos. López, Martín y Vega (2003) señalan que en España la mayoría de las mujeres extranjeras en prisión se encuentran reclusas por delitos contra la salud pública: “En 1998, el 30% de las mujeres en prisión por delitos contra la salud pública eran “no nacionales”, un 36% de las mismas procedía del denominado “triángulo de la coca” (Colombia, Ecuador y Perú), y un 10% de Marruecos, generalmente acusadas de traficar con hachís” (2003: 20). La misma perspectiva es utilizada por Albrecht (1997) en el caso alemán. En su opinión, la participación de algunas minorías étnicas en el mercado negro, particularmente en el de las drogas, hace que cuenten con una alta probabilidad de recibir prisión preventiva o sentencias de prisión. En sus palabras, “esta situación no refleja una preocupación por las minorías étnicas sino por las drogas ilegales que siguen generando reacciones masivas del sistema penal” (1997: 37). Para

Finalmente, los datos de la población reclusa indígena por etnias, indican que el mayor número de indígenas encarcelados corresponde al pueblo indígena Nasa con 209 indígenas reclusos, seguido en su orden por la etnia Pasto con 54, Inga 45, Coyaima 44, Wayuu 32, Embera-Katio 24, Embera 21, Senú 21, Guambiano 20, Yanacona 18, Kamentsá 16, Tikuna 13, Cañamomo 11, Uitoto 11, Embera-Chamí 10, otras etnias¹⁹ con menos de 10 internos 67 y 47 casos de indígenas con inconsistencias respecto de la identificación de la etnia a la que pertenecen.

La participación proporcional de indígenas en el sistema penitenciario colombiano, no obstante, debe tomarse con precaución. En efecto, la categoría “pueblo indígena” puede hacer suponer la unidad del sujeto y la homogeneidad en los efectos del proceso. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con las categorías raciales y sus indicadores semánticos. El caso de la categoría “inmigrantes” es significativo en este caso.²⁰ La noción “pueblo indígena”, en el contexto colombiano, agrupa a 82 comunidades diferentes. Por ello, a pesar de que globalmente las cifras no muestran la existencia de “desproporción” puede que exista en el caso de una comunidad indígena en particular. Así, si se comparara el peso del encarcelamiento sufrido por dicha comunidad en relación con la población colombiana en general, es razonable pensar que exista un impacto diferenciado, no sólo medido en términos cuantitativos sino cualitativos.

III. Las rutas de entrada del indígena a prisión

170

¿Cómo se puede analizar la relación entre el discurso penal y penitenciario y la diferencia étnica y cultural en ausencia de desproporción penitenciaria? Vale la pena señalar que la ausencia de este fenómeno no necesariamente supone que la prisión sea

el caso Argentino, ver Centro de Estudios Legales y Sociales (2009). La misma perspectiva es utilizada por Albrecht (1997) en el caso alemán. En su opinión, la participación de algunas minorías étnicas en el mercado negro, particularmente en el de las drogas, hace que cuenten con una alta probabilidad de recibir prisión preventiva o sentencias de prisión. En sus palabras, “esta situación no refleja una preocupación por las minorías étnicas sino por las drogas ilegales que siguen generando reacciones masivas del sistema penal” (1997: 37).

19. Estas etnias son: Arahuaco (9), Awa (7), Coconuco (5), Sicuani (5), Totoro (5), Siona (4), U’wa (4), Dujos (3), Gainsa (3), Kogui (3), Coreguaje (2), Kubeo (2) y Wiwa (2). Las siguientes etnias reportan un indígena recluso: Achagua, Andoke, Bora, Cocama, Desano, Guayabero, Kuiba, Kurripaco, Puinave, Saliba, Tucano, Yagua y Yuko.

20. En efecto, el uso de esta categoría en el contexto de la Unión Europea puede hacer creer, por ejemplo, que la población inmigrante sufre por igual el encierro penitenciario. Una desagregación de las cifras por nacionalidad muestra que esto no es así. Porcentualmente, la representación de los extranjeros en las prisiones españolas ha pasado del 19,93% en el año 2000 al 35,51% en el año 2010. Si se tiene en cuenta que según las cifras oficiales los extranjeros suponen el 9% de la población total española, su excesiva y desproporcionada presencia en el medio carcelario resulta aún más dramática. Expuesto de otra manera, una de cada tres personas presas en España es extranjera; los inmigrantes dan cuenta del 75% de los nuevos ingresos a prisión. Las personas agrupadas alrededor de tres nacionalidades -marroquíes, rumanos y colombianos- dan cuenta de cerca del 46% de los extranjeros presos en España. La excesiva presencia de estos grupos se relaciona estrechamente con el énfasis en la persecución del tráfico de estupefacientes; de hecho, la mayoría de los ingresos a prisión son por delitos menores cometidos contra la propiedad y el tráfico de drogas (Ariza 2012).

una institución superflua para el gobierno de los pueblos indígenas en el contexto local. Si bien, históricamente, otras instituciones han cumplido un papel protagónico en la segregación espacial como una estrategia de conservación y reproducción de la población indígena, -como los pueblos de indios coloniales (Morner 1963 y 1999) y los resguardos republicanos (Tello 1986)-, el manejo de la “criminalidad indígena” muestra, por una parte, cómo construye el discurso jurídico las respuestas al comportamiento criminal de sujetos étnica y culturalmente diferenciados y, en este proceso, enseña el proceso de elaboración de la propia categoría “indígena” para efectos del reconocimiento de aplicación de un régimen punitivo particular. Por otra, permite entender por qué, en un contexto de reconocimiento constitucional de la autonomía indígena bajo la forma de una jurisdicción especial, se encuentran indígenas en centros carcelarios y penitenciarios, más allá de la hipótesis del incumplimiento de normas nacionales e internacionales (Quintero 2011).

Esta aparente paradoja puede ser analizada con base en las rutas de entrada de los indígenas a las prisiones colombianas. Los diferentes caminos institucionales indican, cada uno de ellos, tensiones y relaciones particulares entre los pueblos indígenas y el Estado colombiano que no pueden ser reducidas a un único factor determinante o explicativo de la presencia –proporcional o no- de indígenas en prisiones. El propósito, por lo tanto, de esta tipología de rutas de ingreso de los indígenas a prisión es mostrar los distintos factores que inciden en el encarcelamiento de indígenas: factores contextuales de política criminal, la persistencia del colonialismo interno en el discurso jurídico local y la atrofia institucional de las autoridades propias. Con independencia de las rutas y sus peculiaridades, cada una de ellas conduce por un camino distinto a un indígena al encierro penitenciario para que, al final, todas ellas confluyan en la cárcel kapuria como principal institución para dar respuesta al reto del indígena en conflicto con el derecho penal colombiano.

171

La ruta invisible

La invisibilidad y la ausencia de reconocimiento son actitudes sociales e institucionales que producen efectos profundamente nocivos sobre aquellos sujetos que reivindican una identidad especial (Taylor 1994 y 2001; Bonilla 2006). En este caso, el principal efecto que se genera es la negación misma de la existencia de un sujeto étnica y culturalmente diferenciado y, por ello, hará que ni siquiera exista en las cifras, que no aparezca en los censos.

La ruta invisible que conduce a un indígena a prisión se manifiesta de dos maneras diferentes. Por una parte, cuando en el proceso judicial no se hace visible su pertenencia étnica ni se indaga acerca de la misma por parte de los operadores jurídicos e institucionales.²¹ En este caso, la inexistencia o precariedad de una ruta de atención

21. Las rutas especiales de atención institucional diferenciada son un componente importante del desarrollo del principio de enfoque diferencial. Esto supone que las entidades e instituciones del Estado deben diseñar e incorporar protocolos de actuación específicamente dirigidos a la atención de los miembros. Un ejemplo de esto lo constituye el Protocolo para la Atención Especializada a Grupos Étnicos de la Defensoría del Pueblo. En dicho protocolo incluye la siguiente pregunta para la fase inicial de atención: “En caso de que la pertenencia a un grupo étnico no sea notoria se preguntará al peticionario “usted pertenece a un grupo étnico”? : Si ___ / No ___”. Defensoría del Pueblo de Colombia.

penal diferenciada hace que el sujeto étnica y culturalmente diferenciado no tenga la oportunidad de expresar su diferencia en el procedimiento y, por ello, el trámite se surtirá sin su presencia a pesar de su comparecencia física.²²

Esta ruta afectará especialmente a aquellos indígenas que no alegan su condición al momento de la imputación de cargos o en las distintas etapas del proceso penal. En otras palabras, los indígenas encausados, las autoridades indígenas e incluso la defensa técnica, jamás plantean el conflicto de competencias. Este factor impide que se surta el debido proceso y le niega la oportunidad al interesado de que su proceso sea del conocimiento de su juez natural; así, en los casos pertinentes, impide que dentro del proceso penal se examinen las particularidades que exige el enjuiciamiento de indígenas surtido a través de la jurisdicción ordinaria. Este aspecto constituye uno de los factores de mayor tensión entre las jurisdicciones y no es extraño que la condición se alegue sólo hasta después de haberse purgado la pena por parte del indígena encausado.²³

Por otra parte, cuando la Junta de Asignación de Patios guarda el mismo silencio en la clasificación penitenciaria para la asignación de patios y celdas, bien por una actitud desenfadada ante la diferencia étnica y cultural o por la inexistencia clara de protocolos que incluyan criterios de actuación que respondan a las exigencias de un enfoque diferencial. La Ley 65 de 1993, el actual Código Penitenciario y Carcelario de Colombia, no establece procedimientos ni criterios para la ejecución penitenciaria de los miembros de pueblos indígenas que ingresan a los centros de reclusión del país. Esto ha hecho que los procedimientos de clasificación se hayan realizado a través de acuerdos y circulares del Instituto Penitenciario y Carcelario de Colombia, dejando su aplicación en manos de la Junta de Clasificación y Asignación de Patios de cada uno de los establecimientos penitenciarios.²⁴ Si la invisibilización en los estrados judiciales es reiterada en las instancias encargadas de la ejecución de la pena, el indígena desaparecerá en medio de un oscuro y húmedo patio de cualquiera de los centros penitenciarios y carcelarios del país. Este es posiblemente uno de

172

Defensoría Delegada para Indígenas y Minorías Étnicas. Protocolo para la Atención Especializada a Grupos Étnicos, Bogotá, Noviembre de 2011, página 19. Disponible en: http://www.defensoria.org.co/red/anexos/pdf/04/protocolo_at_esp_gruposeticos.pdf

22. Los formatos de interrogatorio al indiciado FPI-15, ni la Diligencia de Indagatoria, por ejemplo, no incluyen casillas o espacios que le indiquen al funcionario la necesidad de indagar por la pertenencia étnica o cultural de la persona vinculada a un procedimiento penal. Tampoco se incluye de manera rutinaria este paso ante los Jueces de Control de Garantías.

23. Sobre este aspecto es de suma importancia el relato que hace Gómez Valencia (2000: 120) al identificar el pragmatismo con el que actúan la mayoría de las etnias cuando se trata de alegar el factor de competencia. Este pragmatismo, que en algunos momentos también puede ser “cómplice” de la no certificación de pertenencia, lleva a que las reclamaciones de jurisdicción se hagan teniendo en cuenta aspectos tales como: a) el estado de avance del proceso en la jurisdicción ordinaria, el tipo de delito, por ejemplo, si es un homicidio se prefiere que continúe en dicha jurisdicción; b) dependiendo de la importancia política que para la organización representa el indígena que está siendo procesado; c) la consideración a priori de que el indígena procesado es responsable del delito y que merece cualquier tipo de pena que se le imponga, sin importar la autoridad que profiera dicha determinación.

24. El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, ha definido un protocolo para la reclusión de indígenas, el cual, sin embargo, resulta de difícil aplicación. Al respecto, ver. Directiva Permanente 000022 sobre Población Indígena Privada de la Libertad en Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional, INPEC, 6 de diciembre de 2011.

los principales vestigios del colonialismo interno, la suposición de la homogeneidad de la población y la consecuente indiferencia institucional ante la presencia indígena.

La ruta jurisdiccional

A diferencia de la ruta invisible, que conduce a la anónima desaparición del indígena dentro del entramado judicial penitenciario, la ruta jurisdiccional supone, como punto de activación, que existe una declaración de identidad por parte del sujeto juzgado. Dicha declaración puede producirse en cualquier momento del camino e, incluso, cuando este ha llevado a un (a) indígena hasta las puertas de una prisión.

La puesta en marcha de la ruta jurisdiccional supone, al mismo tiempo, la activación de dos campos discursivos especiales -al interior del discurso judicial más amplio- para resolver la incómoda y siempre difícil cuestión de la presencia indígena en los estrados judiciales. Por una parte, mueve el campo de la dogmática penal formal y abstracta, la cual intentará traducir la conducta del indígena en los términos de sus categorías para hacerla inteligible, para convertirla en un insumo fáctico que le permita resolver problemas teóricos autónomamente definidos. Por otra parte, activa el campo constitucional, en cuya sede se decidirán los criterios para definir cuáles individuos, por qué tipo de conductas realizadas en qué lugares, pueden ser juzgados por la jurisdicción especial indígena. También definirá cuál es el alcance del poder punitivo de los pueblos indígenas y su relación con la vigencia de los derechos humanos en contextos multiculturales.

173

La dogmática penal y el indígena criminal

En cuanto al campo de la dogmática penal, la discusión se ha concentrado en la pertinencia de tres enunciados discursivos principales para gestionar el reto que supone traducir a las categorías formales y abstractas del discurso penal la cuestión del indígena criminal. En primer lugar, el alcance y corrección política de la inimputabilidad. En segundo lugar, la doctrina del error invencible de prohibición y, por último, la doctrina de la responsabilidad sin consecuencias penales. El indígena que ha sido asumido por la justicia penal ordinaria terminará o no en prisión dependiendo de la forma cómo se apliquen estas categorías a su situación particular.

Históricamente, la categoría dominante para explicar la conducta del indígena “criminal” ha sido la inimputabilidad.²⁵ Con base en los debates jurisprudenciales y

25. Para un análisis detallado de este tema ver, Ariza (2009), capítulo 4. Reyes Echandía, uno de los principales representantes del formalismo penal colombiano, explicaba de la siguiente manera la criminalidad del indígena: “Su criminalidad no depende entonces de una inmadurez mental intrínsecamente considerada, vale decir, referida solamente a su edad, ni de enfermedad mental (para citar las fuentes naturales de inimputabilidad), sino de falla en los mecanismos de adaptación social, determinada casi siempre por una incursión brusca a un medio cultural hasta entonces desconocido para ellos. En la medida en que vayan conociendo, comprendiendo y asimilando las normas éticas, culturales y legales que rigen la vida de relación en ese conglomerado gobernante, podrán comportarse adecuadamente” (1989: 61). Pérez aseguraba lo siguiente: “Si con el régimen de excepción se pretende respetar las costumbres de los aborígenes, debe darse autoridad al jefe de la tribu para castigar. Pero si

doctrinales en torno al significado de la Ley 89 de 1890²⁶ y su relación con el Código Penal de 1936, es decir, la discusión sobre si los indígenas en estado de “salvajismo” se encontraban excluidos de la legislación general, la jurisprudencia nacional llegó a una solución que marcaría, durante años, la suerte de los indígenas en los estrados penales:

“No es que el indígena se considere o pueda ser considerado como un deficiente mental en el sentido patológico de la expresión. El indígena no es un frenasténico, ni un imbécil, ni un perturbado mental, aquejado de morbosidad, sino la persona a quien el grado incipiente de cultura social le impide comprender, en el momento de la ejecución del hecho, la ilicitud de sus acciones, y arreglarlas conforme a los valores exigentes que gobiernan la vida de los pueblos civilizados”.²⁷

La anterior solución se vería modificada varios años después, esta vez en el foro constitucional. La responsabilidad penal del indígena en Colombia, adquiere un tratamiento

se desea aprovechar la ocasión del delito para hacer sentir al criminal la necesidad de amoldarse a las normas sociales generales, el indígena debe ser tratado como cualquier otro hombre cuya mentalidad no estuviera acorde con las normas de conducta aceptadas comúnmente” (1967: 382). Por su parte, Pabón ofrece la siguiente respuesta: “Por tanto el análisis de la imputabilidad del indígena supone el estudio detenido de su mentalidad en el momento de comisión de la acción, que valore el nivel de conocimiento, asimilación y vivencia de los parámetros de comportamiento exigidos, de una evaluación negativa no surge ningún fundamento para la imposición punitiva, sino la exigencia, que tiene características más de obligación estatal que de sanción, de retornarlo a su ambiente originario: hipótesis, examinada la jurisprudencia sobre el tema, que nos parece del todo excepcional pues ante la referida determinación positiva, hoy por hoy de mayor frecuencia, dada la extensión compartida del espectro cultural de las minorías étnicas se impone la derivación de la plena imputabilidad penal” (2000: 138).

26. La ley 89 de 1890, “Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada”, estuvo vigente hasta el año de 1996, cuando algunos de sus apartes fueron declarados inconstitucionales por la Corte Constitucional en la sentencia C-139 de 1996. Esta ley señalaba, entre otros asuntos, lo siguiente: “la legislación general de la República no regirá entre los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada por medio de Misiones. En consecuencia, el Gobierno, de acuerdo con la Autoridad eclesiástica, determinará la manera como esas incipientes sociedades deban ser gobernadas”.

27. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: José María Velasco Guerrero. Bogotá, 14 de mayo de 1970. Gaceta Judicial 2326, 2327 y 2328, p. 314. Esta sentencia cierra temporalmente el debate abierto en una serie de decisiones (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 23 de julio de 1948. Gaceta judicial 2064-2065; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia septiembre 22 de 1950; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, veinte de septiembre de 1984. Magistrado ponente: Luis Enrique Aldana Roza. Gaceta Judicial 2416) que mostraban una postura poco clara frente al manejo penal del indígena. Igualmente, se acercaba a las discusiones doctrinales que ofrecían un remedio claro a esta situación: “Frente al delito del aborigen ha de practicarse cuidadoso examen pericial para explorar los planos biológico, psicológico y sociocultural de su personalidad; con base en tal estudio habrá de ser calificado como imputable o inimputable; si lo primero, estará sujeto a las consecuencias punitivas ordinarias –penas- si se demuestra, además, que su conducta es típicamente antijurídica y culpable; si lo segundo, y siempre que el anterior presupuesto se haya comprobado, se le someterá a medida asegurativa, preferencialmente colonia agrícola especial (...)”. Intervención de Alfonso Reyes Echandia en la Comisión de 1974, Acta N° 9, p.85. En el Código Penal de 1980, finalmente, la cuestión del indígena delincuente quedó consignada en el inciso tercero del artículo 96 en los siguientes términos: “Cuando se tratare de indígena inimputable por inmadurez psicológica, la medida consistirá en la reintegración a su medio ambiente natural”. Este inciso fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-176 de 1993.

especial luego de la Sentencia T-496 de 1996. En esta sentencia, la Corte Constitucional explica cómo debe entenderse, desde el discurso jurídico, el comportamiento criminal del indígena:

“Por el contrario, de lo que se trata, es de cambiar la perspectiva del análisis, ya no fundada en un concepto de inmadurez psicológica, sino en la diferencia de racionalidad y cosmovisión que tienen los pueblos indígenas. El juez, en cada caso, debe hacer un estudio sobre la situación particular del indígena, observando su nivel de conciencia étnica y el grado de influencia de los valores occidentales hegemónicos, para tratar de establecer si conforme a sus parámetros culturales, sabía que estaba cometiendo un acto ilícito. De determinarse la falta de comprensión del contenido y alcance social de su conducta, el juez deberá concluir que ésta es producto de una **DIFERENCIA** valorativa y no de una **INFERIORIDAD** en las capacidades intelecto-volitivas; en consecuencia ordenará devolver al indígena a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades”.²⁸

Posteriormente, la sentencia C-370 de 2002 de la Corte Constitucional establece una serie de criterios que “afinan” el funcionamiento del formalismo penal en materia de tratamiento del indígena en conflicto con la ley penal, girándolo hacia la doctrina del error invencible de prohibición. En este pronunciamiento, la Corte Constitucional declaró inexecutable el artículo 73 y el numeral 4° del artículo 69 del Código Penal que preceptuaban y desarrollaban “*la reintegración al medio cultural propio*”, como medida de seguridad para los “*inimputables por diversidad sociocultural*”. No obstante la declaratoria de inexecutable de los preceptos normativos antes citados y pese al prolijo discurso sobre la carga discriminatoria que dichos preceptos contenían, la Corte Constitucional decretó la executable condicionada de la “*inimputabilidad por diversidad sociocultural*” bajo dos entendidos: “*i) que, la inimputabilidad no se deriva de una incapacidad sino de una cosmovisión diferente, y ii) que en casos de error invencible de prohibición proveniente de esa diversidad cultural, la persona debe ser absuelta y no declarada inimputable*”.²⁹

En aquellos eventos en que un indígena haya realizado una conducta típica y antijurídica, el funcionario judicial debe examinar si se presenta alguna de las causales de exclusión de la responsabilidad previstas por el estatuto penal, y en particular si hubo o no un error invencible de prohibición. Si existe el error invencible de prohibición, el individuo en esas circunstancias debe ser absuelto, y no declarado inimputable. Igualmente, en dicha decisión se condicionó el alcance de la figura de la inimputabilidad por diversidad sociocultural a fin de eliminarle su sentido sancionatorio y su connotación despectiva. Para ello, se ordenó tener en cuenta que las medidas de seguridad para los inimputables tienen, como lo señala el artículo 5° del estatuto penal, funciones de protección, curación, tutela y rehabilitación. En esta misma decisión la Corte Constitucional introduce la doctrina de la responsabilidad sin consecuencias penales para los indígenas: “El inimputable por

28. Constitucional, sentencia T-496 de 1996. Magistrado ponente, Carlos Gaviria Díaz.

29. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-370 de 2002.

razones de diversidad cultural responde penalmente y el proceso, mientras el legislador no armonice la jurisdicción indígena con la nacional, debe llevarse hasta su culminación (salvo que existan causales de cesación o preclusión) pero no se le impone ninguna medida de seguridad. Es un caso de responsabilidad sin consecuencias penales”.³⁰

La jurisdicción especial indígena

El segundo campo es el análisis constitucional de la jurisdicción especial indígena (JEI).³¹ La JEI, consagrada en los artículos 7 y 246 de la Constitución colombiana de 1991, establece el reconocimiento, la protección de la diversidad étnica y la garantía del ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de las autoridades tradicionales, las cuales deben ser ejercidas dentro de su ámbito territorial de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que éstos no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la República.³²

El reconocimiento de la jurisdicción especial indígena se deriva del “*fuero indígena*”, que es la garantía constitucional y el derecho fundamental que tienen los miembros de las comunidades indígenas a ser juzgados por sus propias autoridades y a través de las normas, los procesos y procedimientos propios, es decir, acordes a su cosmovisión. En este sentido, las decisiones adoptadas por las autoridades tradicionales en ejercicio de su función jurisdiccional, son obligatorias para las autoridades del Estado Colombiano.³³

30. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-370 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Para un análisis detallado de esta sentencia ver: Zambrano (2004).

31. Para un análisis de la Jurisdicción Especial Indígena, ver Ariza (2005); Borrero (2003); Piñacué (1997); Sánchez (2001) y Sánchez y Jaramillo (2000). La jurisdicción especial indígena, como lo señala acertadamente Gómez Valencia (2000: 120), nace de un factor casual al interior de la Asamblea Nacional Constituyente, más que de un consenso y voluntad de las comunidades indígenas. Prueba del origen causal de la mencionada jurisdicción, es que para 1991 las plataformas ideológicas y políticas de las organizaciones indígenas más representativas del país, como el Consejo Regional Indígena del Cauca CRIC y la Organización Nacional Indígena de Colombia ONIC, no contemplaban en ninguno de sus apartes reivindicaciones sobre este derecho. Como es recalado por el autor en cita, esta particular situación obedeció a factores pragmáticos con que las etnias indígenas andinas han asumido históricamente la interlocución con la justicia nacional, donde la premisa siempre había sido “remitir a ella aquellos indígenas y/o casos que, en concepto de las autoridades étnicas, no están en condiciones de solucionar con sus métodos de control y sanción social internos o cuya aplicación no haría más que acrecentar el conflicto”. Este argumento sigue siendo aún la constante en las comunidades indígenas andinas como los Paeces, los Guambianos, Yanaconas, Coconucos, los Inganos, los Kamentsá, los Pastos, pero de menor entidad en las comunidades indígenas de los litorales, la Sierra Nevada de Santa Marta y las tribus de la Amazonía y la Orinoquía. Este aserto es verificado fácilmente, cuando se contrastan las cifras de la población indígena suministradas en este estudio.

32. Según el texto constitucional, la protección reforzada, el status, la autonomía y el fuero de las comunidades indígenas, abarca distintos preceptos a saber: a) sujetos de especial protección (artículo 13, inciso 2º C.P.); b) circunscripción especial para la elección de Senadores y Representantes (CP artículos 171 y 176); c) funciones jurisdiccionales en su ámbito territorial y de acuerdo con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución o a las leyes (CP artículo 246); d) gobierno a través de autoridades tradicionales según sus “usos y costumbres” de conformidad con la Constitución y la ley (CP artículo 330); e) territorios o resguardos de propiedad colectiva, no enajenables, inalienables, imprescriptibles e inembargables (CP artículos 63 y 329).

33. La Corte Constitucional en la Sentencia T-552 de 2003, señaló los cuatro elementos que caracterizan a la jurisdicción especial indígena: “Un elemento humano, que consiste en la existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico y por la persistencia diferenciada de su identidad cultural. Un elemento orgánico, esto es la existencia de autoridades tradicionales que ejerzan una función de

El fuero indígena tiene límites y los mismos se concretarán dependiendo de las circunstancias particulares de cada caso, dependiendo de la manera como se conjuguen tres elementos: uno de carácter personal, que señala que el indígena debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades propias de su comunidad (fuero personal); uno de carácter geográfico, que dispone que cada comunidad puede juzgar las conductas ocurridas la interior de su territorio (fuero territorial), reiterando una vez más, que dicho juzgamiento obedecerá a las normas y procedimientos propios y, un último aspecto de carácter objetivo, referido a la calidad del sujeto o del objeto sobre los que recae la conducta delictiva.

En suma, la coordinación entre este tipo de fueros (personal y territorial) y del elemento objetivo, es la que permite la activación -o no- de la competencia de la jurisdicción penal ordinaria para el juzgamiento y condena de indígenas por parte de jueces diferentes al natural. Es precisamente aquí, en la inexistencia de normas de coordinación entre jurisdicciones, donde las tensiones y los conflictos de competencia se multiplican y magnifican y los conflictos terminan siendo dirimidos por órganos jurisdiccionales.³⁴

La puesta en marcha de la JEI ha supuesto, sin duda, un reto enorme para los operadores jurídicos locales. La creación jurisprudencial de reglas para determinar cuáles personas pueden ser reputadas como indígenas para efectos jurisdiccionales, por qué tipo de conductas, realizadas en qué lugares, se ha visto permeada por tendencias que responde a factores explicativos diferentes, aunque relacionados entre sí. Por una parte, una tendencia poscolonial que tiende a definir la identidad de los sujetos étnica y culturalmente diferenciados de manera heterónoma, es decir, de acuerdo con los propios enunciados y conceptos del discurso hegemónico sobre la alteridad. En este caso, para ser indígena, es necesario vivir en un lugar (el territorio ancestral por oposición a la ciudad) y comportarse como tal (de manera tradicional, arraigado en la naturaleza), para no ser reputado como asimilado, como un indígena que ha dejado de ser.

Cuando en la ruta jurisdiccional se establece que el individuo que reclama el fuero y que posee una identidad diferenciada debe ser juzgado de acuerdo a las normas y procedimientos del derecho penal estatal, es extraído de su comunidad, de su pueblo y su identidad. En este caso, los indígenas son asumidos como suyos, como su cuestión soberana por la parte de la justicia del Estado colombiano. Los indígenas que transitan esta ruta son aquellos que por su cercanía a la sociedad urbana y al modo de vida propio del colombiano que no se identifica como indígena, se reputan *asimilados*. El indígena asimilado o que conoce los dos mundos será, como regla general, juzgado por

177

control social en sus comunidades. Un elemento normativo, conforme al cual la respectiva comunidad se rija por un sistema jurídico propio conformado a partir de las prácticas y usos tradicionales, tanto en materia sustantiva como procedimental. Un ámbito geográfico, en cuanto la norma que establece la jurisdicción indígena remite al territorio, el cual según la propia Constitución, en su artículo 329, deberá conformarse con sujeción a la ley y delimitarse por el gobierno con participación de las comunidades. Un factor de congruencia, en la medida en que el orden jurídico tradicional de estas comunidades no puede resultar contrario a la Constitución ni a la ley”.

34. Para un análisis de la forma como el Consejo Superior de la Judicatura ha resuelto los conflictos jurisdiccionales en esta materia, ver González (2007).

la jurisdicción penal ordinaria. Esta tendencia se ha apoyado de manera fuerte en los peritajes de expertos provenientes de la antropología.³⁵

Además de la tendencia poscolonial, otro factor explicativo que incide en el encarcelamiento de indígenas como consecuencia de su exclusión de la jurisdicción especial se relaciona con la política criminal del Estado colombiano. Ciertas conductas típicas cometidas por indígenas –con independencia de la afirmación de su identidad diferenciada- son excluidas en todo tiempo y lugar de la competencia de las autoridades tradicionales. En este caso, el legado colonial se une con las necesidades contextuales de política criminal –la guerra contra el narcotráfico y el conflicto armado- para enviar al indígena a prisión. El “narco indígena” o el indígena subversivo y terrorista son los ejemplos más significativos.

Cuadro 1 | Rutas del encarcelamiento indígena

Ruta	Tendencia explicativa	Manifestación institucional	Identidad indígena
Invisible	Colonialismo interno	Inexistencia de enfoque diferencial en el procedimiento penal y carcelario	Invisible
Jurisdiccional	Colonialismo interno/Política criminal	Dogmática penal formal/ Definición del alcance de la JEI	Degradada/asimilada
Renuncia	Colonialismo interno	Definición del alcance de la JEI	Disponible/rechazada
Indígena	Colonialismo interno/ Atrofia institucional indígena/ hipertrofia institucional estatal	Jurisdicción Especial Indígena /Trasplantes institucionales	Indígena peligroso Indígena rechazado: negación de pertenencia/no certificación

178

35. El dictamen antropológico surtido dentro del proceso, juega un papel definitivo en la situación del indígena o de quienes alegan serlo, esto por cuanto sus resultados condicionan el proceso de adjudicación. Es así como el dictamen antropológico tiene el poder para desvirtuar la calidad de indígena alegada; pero, contrario sensu, puede identificar y certificar la identidad de un individuo como indígena y puede establecer su grado de correspondencia con la cosmovisión de la etnia a la que pertenece. Por otra parte, dicho dictamen también puede ubicar al indígena procesado dentro del escenario de la inimputabilidad penal y finalmente, puede determinar si la actuación del indígena encausado se encuentra dentro del error de prohibición culturalmente condicionado, esto si conceptúa que al momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica, el indígena no tuvo, dada su diversidad sociocultural, la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento, o posibilidad de determinarse con base en esa comprensión. Para un análisis del papel cumplido por los expertos en la puesta en marcha del régimen multicultural, ver: Ariza (2009); Sánchez Botero (1992a, 1992b y 1999).

La ruta de la renuncia

La pérdida de identidad, como factor para la asignación de la competencia jurisdiccional, no es sólo el efecto de un proceso heterónomo; no se produce únicamente como un resultado previsible de la relación de poder que vincula al individuo que reclama una identidad y al juez o experto que indagan sobre la autenticidad de su reclamo. La identidad no solo se disuelve dentro de la tinta colonial con la cual se escriben en ocasiones las decisiones judiciales. La pérdida identitaria también es un efecto de una decisión individual. En este caso, es el individuo mismo quien *decide* dejar atrás su identidad y renunciar a los derechos diferenciados que se le asignan. Decide convertirse en su alteridad. Esto es posible si se asume una postura judicial particular sobre la identidad, la cual a su vez, responde a una concepción propia del liberalismo clásico que considera a la identidad como un atributo de libre disposición.

La Corte Constitucional en fallo reciente³⁶, decantó la jurisprudencia que de tiempo atrás, cuando menos de forma tangencial, había señalado la posibilidad de que los indígenas renuncien al fuero e incluso a su identidad, para fines de ser procesados, juzgados y condenados por la jurisdicción ordinaria y no por las autoridades tradicionales. En la sentencia T-001 de 2012, el juez constitucional estableció que para que esta renuncia de doble vía (fuero e identidad indígena), sea válida, la misma debe cumplir con tres aspectos: i) que la renuncia se haga de manera definitiva; ii) que sea en desarrollo del principio de autonomía y iii) que no sea utilizada por el renunciante, “como una estrategia para recibir un mejor trato de parte de la jurisdicción ordinaria, sino como una convicción íntima de no querer seguir siendo miembro o parte de la comunidad a la que se pertenece”.³⁷

179

Es indudable que la renuncia al fuero indígena y la increíble renuncia del indígena a su identidad, por su condición definitiva, constituyen una de las rutas más efectivas para que el aborigen, ahora “blanqueado” judicialmente, pueda ser sujeto del derecho penal ordinario y, sin restricción alguna, de sus penas. Esta ruta, aparte de legitimar el actuar de la jurisdicción ordinaria en el enjuiciamiento de indígenas, consigue consolidar, de forma categórica, la idea de que la identidad indígena es una mera construcción formal, un arquetipo propio del derecho y la adjudicación. Este es, posiblemente, uno de los legados más fuertes de la perspectiva colonial sobre la alteridad.

La ruta indígena

Paradójicamente, se presenta una ruta de entrada de los indígenas a prisión que es activada por las propias autoridades tradicionales. En este caso, el indígena es entregado por su propio pueblo al sistema penitenciario y carcelario del Estado colombiano. Esta ruta es abierta por tres procesos distintos. En primer lugar, por la adopción de enunciados propios del derecho penal, como la noción de individuo peligroso y la privación de la libertad como forma de penalidad. En segundo lugar, cuando las autoridades indígenas

36. Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-001 de 2012. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

37. *Ibid.*

niegan la certificación de pertenencia. En tercer lugar, por la existencia de un contexto institucional indígena que hace posible el trasplante de los anteriores enunciados. Lo anterior puede definirse como la atrofia institucional de los pueblos indígenas, es decir, por la falta de desarrollo, crecimiento y fortalecimiento de su entramado institucional de autogobierno.³⁸ Esta atrofia institucional indígena tiene como manifestación paralela la hipertrofia institucional del Estado colombiano, esto es, el crecimiento del arreglo burocrático e institucional diseñado para responder al reconocimiento del carácter pluriétnico y multicultural del país. Así, mientras que las instituciones de autogobierno de los pueblos indígenas, especialmente la jurisdicción especial y sus formas de ejecución de las sanciones autónomamente definidas, no se han fortalecido significativamente en los últimos veinte años, el crecimiento burocrático para poner en marcha el régimen multicultural ha sido enorme.

La debilidad institucional de los pueblos indígenas en relación con el campo penal y penitenciario del Estado colombiano se manifiesta por su permeabilidad a la recepción de doctrinas y categorías propias del derecho penal liberal. En este caso, la autonomía del Derecho propio de las comunidades indígenas es débil frente a los injertos y trasplantes provenientes del campo jurídico oficial. Un ejemplo significativo de lo anterior son los esfuerzos dirigidos a la sistematización y codificación de los sistemas normativos indígenas³⁹ y, en el caso particular que analizamos en este texto, lo es la adopción del enunciado de la peligrosidad para explicar la conducta del indígena infractor y definir la respuesta que debe brindársele.

180

Así, la calificación de la “peligrosidad” del individuo, es el aspecto que a su vez activa y justifica, en la gran mayoría de los casos, la determinación de las autoridades tradicionales para la imposición de la pena privativa de la libertad y la solicitud directa a las autoridades ordinarias de la reclusión del “indígena peligroso” en el sistema carcelario estatal. Cabe reiterar que la reclusión no sólo se puede dar en el sistema penitenciario estatal, pues la misma puede darse en recintos o establecimientos adoptados por la jurisdicción indígena como “prisiones”. Esta última aclaración hace evidente un panorama oscuro para los indígenas privados de la libertad al interior de sus comunidades, de quienes no se tiene cifras o censo alguno.

La peligrosidad del individuo es una concepción extraña a la cosmovisión indígena, de ahí que se identifique claramente como un constructo propio del derecho penal ordinario trasplantado al derecho propio indígena. Con esta institución, de estirpe eminentemente occidental y origen en las teorías del positivismo criminológico, las autoridades

38. Según la descripción que realiza Valencia para el caso de los Embera: “De acuerdo con los antecedentes de la persona y la capacidad locativa del cabildo los sancionados podrán enviarse a las cárceles kapuría (no porque se considere la mejor alternativa, sino porque la comunidad carece de mecanismos alternos más efectivos” (2002:124). Y más adelante señala: “Cárcel (por fuera de la comunidad). Esta pena se aplicará solamente como último evento, después de agotar otras vías, o según los antecedentes del sancionado o la gravedad del caso (esta pena siempre se aplicará a los casos de homicidio y violación sexual). Hasta tres meses se purgarán en la cárcel de Jardín, y si es por un tiempo superior en la cárcel de Andes, de acuerdo con los convenios suscritos con los directores de estos establecimientos (2002: 127).

39. Al respecto ver Perafán (2000).

tradicionales terminan por cosificar al indígena y paradójicamente, acaban por adoptar las posiciones más ortodoxas (Zaffaroni 2009: 113). En definitiva, el concepto de peligrosidad funda un nuevo paradigma al interior de la justicia indígena, donde el aborigen juzgado y condenado, es etiquetado automáticamente como sujeto peligroso, un ente con las características y potencialidades de dañar y de cometer futuros delitos.⁴⁰

Una vez sustentada la privación de la libertad del indígena, bajo la lógica penal y punitivista descrita anteriormente, el paso a seguir resulta obvio, es pedir del Estado la cooperación necesaria para fines de que el condenado purgue su pena en un sistema que se advierte idóneo y ajustado a las pretensiones de la comunidad, colectividad que busca apartar de ella al sujeto que la amenaza. La solicitud directa de las autoridades indígenas, basada en la peligrosidad del indígena, es un factor decisivo a la hora de determinar la privación de la libertad como forma de penalidad y el consecuente ingreso del indígena en prisión.⁴¹ Algunas comunidades indígenas no sólo han adoptado los conceptos, las instituciones y las normas punitivas del derecho penal ordinario, sino que también han recogido como propio el sistema carcelario como tal, en este sentido, hoy en día algunas comunidades cuentan con establecimientos penitenciarios con personal de dirección, custodia y guardia, aspectos que, aunque se traten de mimetizar bajo eufemismos como “guardia indígena de castigos”, “corregidores”, “centro correccional indígena”, no dejan de ser instrumentos punitivos asimilados del derecho occidental. Así, en el Alto Sinú colombiano, se ha construido una prisión por parte de las comunidades indígenas de la región para recluir a los indígenas peligrosos, evitando así, enviarlos ante la justicia penal ordinaria.

181

Además de las dos tendencias anteriores, la no certificación por parte de las Autoridades Tradicionales Indígenas, es una decisión poderosa que consigue remitir, de forma directa, al indígena “no reconocido” al entramado penitenciario y carcelario colombiano. Y es que en este escenario, un indígena podría ser catalogado o identificado como tal según el examen pericial, pero su comunidad podría alegar que dicho individuo no se encuentra en sus registros o censos, que nunca vivió dentro de su comunidad y que su relación con

40. Sobre la permisividad y la complacencia con los aspectos señalados ver las Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia T-496 de 1996, T-239 de 2002 y T-1026 de 2008, entre otras.

41. Al respecto señala Valencia: “Si por cualquier circunstancia la comunidad considera que una falta no puede resolverse al interior del territorio indígena, puede enviarse el caso a la fiscalía y los jueces ordinarios para su investigación y juzgamiento (...) *Transitoriedad de la cárcel como mecanismo de sanción y aplicación de justicia*. Existe una gran desconfianza en la comunidad sobre la cárcel como mejor forma de resolver los delitos o faltas graves. Sin embargo, mientras se establece una mejor manera de dar salida a estos casos, para frenar las venganzas de sangre se ha decidido temporalmente acudir a este mecanismo. No hay unidad de criterios todavía en este sentido, pues algunas personas siguen teniendo este referente de la cultura occidental como mecanismo adecuado. Ya en varios cabildos se ha presentado el fenómeno de remitir a personas sancionadas con penas privativas de la libertad a cárceles municipales mientras se generan mecanismos propios para resolver problemas graves” (2002: 131). Y en el mismo sentido agrega: “En efecto, durante este año el Consejo de Conciliación y Justicia ha remitido a varios indígenas para ser reclusos en centros penitenciarios ubicados por fuera de la comunidad. Además, una de las conclusiones de este trabajo es seguir buscando alternativas diferentes a la cárcel kapuría. Esta medida puede cumplir transitoriamente por lo menos con contener las venganzas de sangre y la agudización del conflicto interno” (2002: 132).

el territorio no puede ser certificada.⁴² Este aspecto que podría observarse como una mera formalidad, puede resultar de gran importancia al momento de definir la situación jurídica del indígena encausado, a tal punto, que dentro del estrecho margen de discrecionalidad que tiene el juez frente al dictamen antropológico, la no certificación por parte de su comunidad constituyen para este una llave maestra.

Finalmente, cabe recalcar que la no certificación del indígena procesado por parte de sus autoridades tradicionales, sigue generando efectos perversos durante la ejecución de la pena en el establecimiento carcelario, esto toda vez que el indígena, al no ser reconocido como tal, no puede acceder a los exiguos beneficios que estas minorías tienen en el sistema carcelario, beneficios que se reducen a la internación del indígena recluso en un establecimiento cercano a su territorio y su ubicación en un patio especial, prerrogativas de mucho valor teniendo en cuenta las condiciones adversas en que se vive al interior de estos sitios de reclusión.

Conclusiones

Del análisis anterior se pueden extraer las siguientes conclusiones principales. En primer lugar, desde el punto de vista normativo, es necesario precisar que en Colombia los indígenas pueden ser juzgados y condenados por la jurisdicción penal ordinaria y por la jurisdicción especial indígena, a través de procesos y procedimientos adelantados dentro de las competencias y límites formales que especifican las normas constitucionales y las leyes. Pese al “deber ser” signado en las normas constitucionales, mandatos que preceptúan la protección reforzada de las comunidades indígenas, la reivindicación de la característica multiétnica y pluricultural de la Nación colombiana, la institución del fuero indígena, la jurisdicción especial indígena, el reconocimiento de la existencia y la garantía de la aplicación del Derecho Propio, y a pesar de la norma expresa del principio de favorabilidad penal para indígenas, contenido en el artículo 10º del Convenio 169 de la OIT⁴³, el sistema penitenciario sigue ocupándose del castigo de indígenas sin implementar un enfoque diferencial específico.

Esta primera conclusión normativa se explica, en parte, por la persistencia del colonialismo interno en la construcción de las respuestas judiciales en esta materia. La

42. Según los datos disponibles dentro de la población carcelaria indígena (2009), que asciende a 663 personas, existen 47 casos (el 7,09%) que se reportan con “inconsistencias respecto de la identificación de la etnia a la que pertenecen”. La pregunta es, si esta es la situación de los reclusos que el INPEC identifica como indígenas, ¿Cuántos podrían ser los casos, en el universo de penados, de indígenas que no han sido certificados como tales por sus propias autoridades?

43. La Corte Constitucional ha señalado de forma reiterada que el Convenio 169 de la OIT hace parte del Bloque de Constitucionalidad. Entre otras sentencias ver: Sentencia C-030 de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil; Sentencia C-461 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; Sentencia C-615 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Sobre el principio de favorabilidad penal para indígenas, se tiene que el Artículo 10º del Convenio 169 de la OIT expresa: “*Artículo 10. 1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.*” Resaltado fuera de texto. Sobre la vulneración fáctica del Estado Colombiano del precepto en cita, ver el estudio de Quintero (2001).

persistencia se manifiesta en tres aspectos principales. En primer lugar, en la definición de un tipo ideal de indígena que responde, fundamentalmente, a un sentido común problemático sobre lo que significa *ser* indígena. Este tipo ideal define al indígena en función del espacio que ocupa –la naturaleza- y de su aislamiento o cercanía con el modo de ser de la población general, en función de los cual será catalogado como asimilado o culturalmente auténtico. El indígena que se aparte de este canon será, probablemente, el usuario predilecto del sistema penitenciario. En segundo lugar, por la debilidad de las autoridades propias, quienes se han visto abocadas a importar una de las instituciones más perversas del sistema oficial –la prisión, el encierro- para responder a las desviaciones criminales de sus miembros. En ese sentido, la prisión se extiende hasta el territorio ancestral y su crecimiento parece inevitable. La contención al expansionismo carcelario que la frontera cultural indígena podría haber creado ha sido derribada, desde afuera y desde dentro. Por último, evidencia la urgencia de pensar formas distintas al encierro penitenciario para ejecutar la sanción del indígena en conflicto con el derecho penal colombiano. De las respuestas a esta última cuestión, dependerá el crecimiento o desvanecimiento de la cárcel kapuría.

Bibliografía

Albrecht, Hans (1997). “Ethnic Minorities, Crime and Criminal Justice in Germany”, pp. 31-99, en: *Ethnicity, crime and immigration* editado por Michael Tonry. Chicago: The University of Chicago Press.

183

Alexander, Michelle (2011). *The New Jim Crow. Mass Incarceration in the Age of Colorblindness*. New York: New Press.

Angel-Ajani, Asale (2003). “A question of dangerous races?”, *Punishment & Society*, 5(4), pp. 433-488.

Ariza, Libardo José (2005). “Una reflexión sobre el Pluralismo Jurídico y la Jurisdicción Indígena en Colombia”, *Revista Mensual Tutela*, VI (65): 854-872.

_____ (2009). *Derecho, saber e identidad indígena*, Siglo del Hombre Editores. Bogotá: Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana – Instituto Pensar.

_____ (2011). “Reformando el infierno: los tribunales y la transformación del campo penitenciario en Latinoamérica”, pp. 19-108, en: Ariza, Libardo y Manuel Iturralde (2010), *Los Muros de la Infamia. Prisiones en Colombia y América Latina*, Bogotá, Estudios Cijus, Universidad de los Andes.

Blumstein, Alfred (1982). “On the racial disproportionality of United States Prison populations”, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 73(3): 1259-1281.

_____ (1993). “Racial disproportionality of U.S. Prison Populations Revisited”, *University of Colorado Law Review*, 64(3): 743-760.

Bonilla, Daniel (2006). *La Constitución Multicultural*. Bogotá: Uniandes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores.

Borah, Woodrow (1996). *El Juzgado General de Indias en la Nueva España*. México: F.C.E.

Borrero, Camilo (2003). *Multiculturalismo y Derechos Indígenas*. Bogotá: Cinep, Antropos.

Bosworth, Mary y Eammon Carrabine (2001). "Reassessing Resistance: Race, Gender and Sexuality in Prison", *Punishment & Society*, 3, 4: 501-515.

Brown, Mark (2002). "The politics of penal excess and the echoe of colonial penalty", *Punishment and Society*, 4(4): 403-423.

Bourdieu, Pierre (2000). "Elementos para una sociología del campo jurídico", pp. 155-220, en: Pierre Bourdieu y Gunther Teubner, *La Fuerza del Derecho*. Bogotá: Universidad de los ANDES, Siglo del Hombre Editores.

Calavita, Kitty (2003). "A `reserve army of delinquents`. The criminalization and economic punishment of immigrants in Spain", *Punishment & Society* 5(4): 399-413.

Cid, José (2005). "The penitentiary system in Spain. The use of imprisonment, living conditions and rehabilitation". *Punishment and Society Vol. 7(2): 147-66*.

Centro de Estudios Legales y Sociales (2009). *Mujeres en Prisión. Los alcances del castigo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno.

Edney, Richard (2002). "Indigenous punishment in Australia: a jurisprudence of pain?", *International Journal the Sociology of Law*, 30 (2): 219-234.

Foucault, Michel (1989). *Vigilar y Castigar. El nacimiento de la prisión*. Bogotá: Siglo XXI editores de Colombia.

_____ (2005). *El Orden del Discurso*. Barcelona: Tusquets.

Garland, David (2001). "Introduction: The Meaning of Mass Imprisonment". *Punishment & Society* 3: 5-7.

González, César (2007). *Conflictos de Competencia. Jurisdicción Especial Indígena vs Sistema Judicial Nacional*. Bogotá: Cronopios Ediciones.

González Casanova, Pablo (2006). "Colonialismo Interno. Una redefinición", pp. 409-434, en: Atilio A. Boron, Javier Amadeo y Sabrina González (compiladores), *La teoría marxista hoy. Problemas y perspectivas*. Buenos Aires: Clacso.

Gómez Valencia, Herinaldy (2000). *De la Justicia y el Poder Indígena*. Cali: Universidad del Cauca.

Harper, Graeme (2001). "Criminal minds and felonius nations: colonial and poscolonial incarceration", pp. 9-22, en: Graeme Harper (ed.), *Colonial and poscolonial incarceration*. Londres: Continuum.

Iturralde, Manuel (2011), "Prisiones y castigo en Colombia: la construcción de un orden social excluyente", pp. 111-194, en: Ariza, Libardo y Manuel Iturralde (2010), *Los*

Muros de la Infamia. Prisiones en Colombia y América Latina, Bogotá, Estudios Cijus, Universidad de los Andes.

Lander Edgardo (2003). (comp.), *La colonialidad del saber: Eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. Buenos Aires: CLACSO.

Matthews, Roger (1999). *Doing Time: An introduction to the sociology of imprisonment*. London: Macmillan Press Ltd.

Melossi, Dario y Pavarini, M. (1985). *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*. México DF: Siglo XXI.

Melossi, Dario (2003). "In a peaceful life: Migration and the crime of modernity in Europe/Italy", *Punishment & Society*, 5(4), pp. 371-397.

Miles, Robert (1989). *Racism*. London: Routledge.

Mörner, Magnus (1963). "Las comunidades de indígenas y la legislación segregacionista en el Nuevo Reino de Granada", *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, 1: 63-88.

_____ (1999). *La Corona Española y los foráneos en los pueblos de indios de América*. Madrid: Ediciones de Cultura Hispánica.

Pabón, Pedro Alfonso (2000). "La imputabilidad", *Revista de Derecho Penal* 18: 123-139.

Perafán, Carlos, Azcárate Luis e Hildur Zea (2000). *Sistemas jurídicos Tukano, Chamí, Guambiano, Sikuni*. Bogotá: ICANH y Ministerio de Cultura.

Pérez, Luis Carlos (1967). *Tratado de Derecho Penal*. Bogotá: Temis.

Piñacué, Jesús Enrique (1997). "Aplicación autónoma de la justicia en comunidades paeces. Una aproximación", pp. 31-52, en: *Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas: La Jurisdicción Especial Indígena*. Bogotá: Ministerio de Justicia, CRIC.

Reyes Echandia, Alfonso (1989). *Imputabilidad*. Bogotá: Temis.

Rivera, Iñaki (2005). "State form, labour market and penal system. The new punitive rationality in context". *Punishment and Society Vol. 7(2)*, pp. 167-182.

Rusche, Georg y Kirchheimer, Otto (1984). *Pena y estructura social*. Bogotá: Temis

Sánchez, Beatriz (2001). "El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena", pp. 5-142, en: Santos Boaventura y García Mauricio (orgs.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: Colciencias, Universidad de Los Andes, Universidad Nacional, Siglo del Hombre Editores, ICANH, Universidad de Coimbra.

Sánchez, Esther (1992a). "Melicio Cayapu Dagua está preso mi sargento. Estado de normas, estado de rupturas", pp. 10- 20, en: Esther Sánchez (ed.), *Antropología Jurídica. Normas formales, costumbres legales en Colombia*. Bogotá: Sociedad Antropológica de Colombia y Comité Internacional para el Desarrollo de los Pueblos.

_____ (1992b). "Peritazgo antropológico: Una forma de conocimiento", *El Otro Derecho*, 4(3): 81-95.

_____ (1999). “La Tutela como medio de transformación de las relaciones Estado-pueblos indígenas de Colombia”, pp. 381-412, en: Willem Assies, Gemma van der Haar y André Hoekema (eds.), *El Reto de la Diversidad*. México: El Colegio de Michoacán.

Sánchez Esther e Isabel Jaramillo (2000). *La Jurisdicción Especial Indígena*. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Simon, Jonathan (2001). “Fear and Loathing in Late Modernity: Reflections on the Cultural Sources of Mass Imprisonment in the United States”, *Punishment & Society* 3: 21-33.

Taylor, Charles (1994). *La ética de la autenticidad*. Barcelona: Paidós.

_____ (2001). *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. México: Fondo de Cultura Económica.

Teubner, Gunther (2002). “El derecho como sujeto epistémico: Hacia una epistemología constructivista del Derecho”, *Doxa* 25: 533-571.

Tello, Piedad (1986). “Aspectos históricos del resguardo indígena y su defensa a fines del siglo XIX e inicios del XX”, *Revista de Antropología*, 11(1-2): 143-159.

Tonry, Michael (1994). “Racial disproportion in US prisons”, pp. 97-115, en: *Prisons in context*, editado por Roy D. King y Mike Maguire. Oxford: Clarendon Press.

Valencia, María (2002). “Justicia Embera, identidad y cambio cultural”, *El Otro Derecho*, 26-27: 114-134.

Van Krieken, Robert (1999). “The barbarism of civilization: cultural genocide and the “stolen generations”, *British Journal of Sociology*, 50 (2): 297-315.

Vaughan, Barry (2000). “Punishment and conditional citizenship”, *Punishment & Society*, 2(1): 23-39.

Wacquant, Lóicq (1999). “Suitable enemies: Foreigners and immigrants in the prisons of Europe”. *Punishment & Society* Vol 1(2): 215-222.

_____ (2001). “Deadly Simbiosis. When ghetto and prison meet and mesh”. *Punishment & Society* Vol 3(1): 95-134.

_____ (2002). *Las Cárceles de la Miseria*. Madrid: Alianza.

Weber, Max (1973). *Ensayos sobre metodología sociológica*. Buenos Aires: Amorrortu.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (2009), *Derechos Ancestrales Justicia en Contextos Plurinacionales*. Espinosa, Carlos y Caicedo, Danilo, Editores. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos,

Zambrano, Carlos Vladimir. *Constitucionalidad, inimputabilidad e inculpabilidad*. Interculturalidad. Corporación Humanizar. Bogotá, 2004.

Quintero Calvache, Juan Carlos. *El fuero judicial de los pueblos indígenas frente a la justicia ordinaria y la responsabilidad del Estado colombiano por su vulneración fáctica*. Revista Criterio Jurídico. Vol. 11, No. 1, pp. 75-103. Santiago de Cali 2011.