

GARANTÍAS EN TENSION EN EL MARCO
DE LA REVISIÓN DE LA COSA JUZGADA DE
LA JURISDICCION ESPECIAL INDÍGENA EN LA
JURISDICCION ESPECIAL PARA LA PAZ (JEP)*
WARRANTIES IN TENSION WITHIN THE FRAMEWORK
OF THE REVIEW OF THE THING JUDGED BY THE
SPECIAL INDIGENOUS JURISDICTION IN THE SPECIAL
JURISDICTION FOR PEACE (JEP)

*Juan Sebastian Angel Puerto, Tania Carolina Lugo Mendieta
Saul Felipe Malagon Maldonado, Johanna Alejandra Martin Moreno
Felipe Andres Martinez Rojas, Bayan Orlando Ortiz Ariza
Gersón Eduardo Pachón Huertas, David Santiago Roa Rodriguez
Daniel Felipe Velandia Gaitan, Andres Felipe Yasno Hurtado*
Semillero de Derecho Procesal – Universidad Nacional de Colombia**
Director: Andrés Abel Rodríguez Villabona

*“ATENEA: Oíd aún la ley que fundó, pueblo del Ática, vosotros que sois los
primeros jueces de la sangre vertida. Este tribunal, de aquí en adelante y por
siempre, ha de juzgar al pueblo egeo”¹*

* Artículo Inédito.

Para citar el artículo: ANGEL PUERTO, Juan Sebastian; LUGO MENDIETA, Tania Carolina; et al. Garantías en tensión en el marco de la revisión de la cosa juzgada de la jurisdicción especial indígena en la jurisdicción especial para la paz (JEP). *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. No. 48 Julio – Diciembre. 2018, pp. 205-232. Recibido: 30 de junio de 2018 – Aprobado: 30 octubre de 2018.

** Los coautores son estudiantes y miembros del grupo de Semilleros de Derecho Procesal de la Universidad de Nacional de Colombia. Ganadores (Tercer lugar) del XIX Concurso para Estudiantes de Derecho 2018 – Nivel Pregrado, dirigidos por el Profesor Andrés Abel Rodríguez Villabona.

¹ ESQUILO, *Las Euménides*. Montevideo, 1998, p. 15.

Resumen

El presente texto tiene como objeto analizar las relaciones entre la Jurisdicción Especial para la Paz y la Jurisdicción Especial Indígena, en lo relacionado con su jurisdicción sobre los actos y hechos insertos dentro de un contexto de conflicto armado.

Desde una mirada procesal, en relación con los conceptos de verdad, jurisdicción y cosa juzgada, el texto desentraña los puntos comunes entre ambas jurisdicciones, teniendo en cuenta las garantías fundamentales reconocidas por la constitución a los pueblos indígenas, quienes también fungen como víctimas del conflicto armado. Para ello se estudia el funcionamiento y objeto de la Jurisdicción Especial para la Paz y las garantías y reconocimientos constitucionales alrededor de la Jurisdicción Especial Indígena. De todo ello, el texto concluye que esta tensión puede ser resuelta por ambas jurisdicciones mediante mecanismos de coordinación y articulación.

Palabras clave: Jurisdicción Especial para la Paz, Jurisdicción Especial Indígena, Verdad, Cosa Juzgada, Interculturalidad.

Abstract

The purpose of this text is to analyze the relations between the Special Jurisdiction for Peace and the Special Indigenous Jurisdiction, in relation to its jurisdiction over the acts and facts inserted within a context of armed conflict.

From a procedural view, in relation to the concepts of truth, jurisdiction and res judicata, the text unravels the common points between both jurisdictions, taking into account the fundamental guarantees recognized by the constitution to the indigenous peoples, who also serve as victims of the conflict. armed. To this end, the functioning and purpose of the Special Jurisdiction for Peace and the guarantees and constitutional recognitions around the Special Indigenous Jurisdiction are studied. From all this, the text concludes that this tension can be resolved by both jurisdictions through mechanisms of coordination and articulation.

Key words: Special Jurisdiction for Peace, Special Indigenous Jurisdiction, Truth, Judged Thing, Interculturality.

1. Justicia transicional en Colombia

En Colombia estamos viviendo uno de esos momentos de cambios que traen consigo la necesidad de un mecanismo de justicia transicional²; este cambio no es sino el paso del estado de guerra al estado de paz. Al menos, ese es el objetivo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (en adelante Acuerdo Final).

La justicia transicional es un mecanismo por medio del cual las naciones y los pueblos, en conjunto con otras medidas, pretenden lograr la reconstrucción del tejido social y construir una paz duradera. Las características de esta justicia y la lógica que la gobierna son determinadas por una serie de factores relacionados con las condiciones de cada país y la transición en sí misma³. En Colombia adoptamos un modelo centrado en los derechos de las víctimas, ofreciendo perdón a los victimarios a cambio de la verdad y reparación, salvo casos de especial gravedad, en los que se imponen penas reducidas⁴. Lo anterior teniendo como presupuesto una visión de justicia prevalentemente restaurativa y dialógica, sobre lo que se ahondará más adelante.

Para entender cómo se pretende la protección de los derechos de las víctimas y la reconstrucción del tejido social, haremos una descripción del modelo colombiano de justicia transicional construido a partir del Acuerdo Final de Paz, que instituye el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (en adelante SIVJRNR), haciendo énfasis en su componente de justicia: la Jurisdicción Especial para la Paz (en adelante JEP).

La JEP se presenta como un mecanismo de justicia transicional que tiene como objetivo el *“reconocimiento de las víctimas como ciudadanos con derechos; del reconocimiento de que debe existir verdad plena sobre lo ocurrido; del principio de reconocimiento de responsabilidad por parte de todos quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto y se vieron involucrados de alguna manera en graves violaciones a los derechos humanos y graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario; del principio de satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición”*.⁵

² UPRIMNY Yepes, Rodrigo. *Justicia transicional en perspectiva comparada: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano*. Bogotá, 2016, Corporación de Derecho Justicia y Sociedad, Dejusticia.

³ Ibid., p. 3.

⁴ Ibid., p. 5.

⁵ REPÚBLICA DE COLOMBIA, Congreso de Colombia. Acto Legislativo 01 del 4 de abril de 2017. Art. 1° Transitorio

En esta lógica se instituye la JEP, mediante el Acto Legislativo 01 de 2017, en el marco del SIVJRNR. La JEP es un mecanismo judicial de investigación y sanción con particular interés en las graves violaciones a los Derechos Humanos y de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario.

Esta jurisdicción se encuentra compuesta por el Tribunal para la Paz, tres Salas (Definición de situaciones jurídicas; de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los hechos y las conductas; Amnistía e indulto), la Unidad de Investigación y Acusación (UIA), y una Secretaria Ejecutiva encargada de las gestiones administrativas y presupuestales, en consonancia con los direccionamientos de la presidencia de la JEP.

Los artículos 62, 63 y 65 del texto conciliado del Proyecto de Ley Estatutaria 008 de 2017- Senado y 016 de 2017- Cámara “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz” (al momento de escribir este texto aun esperando sentencia de la Corte Constitucional) establecen los factores para determinar la competencia de la JEP.

El primero de ellos corresponde al factor material. Debemos aclarar que la JEP tratará generalmente temas penales; por tanto, su competencia corresponde a procesos en los que se discuta responsabilidad penal. Esto es, aquellas conductas punibles causadas por el conflicto armado o en las que el mismo sea determinante en la capacidad, decisión y objetivo del perpetrador para realizar la conducta o en la forma en que fue perpetrada. Además de lo anterior, tendrá competencia la JEP para conocer las posibles conductas punibles de los exmiembros de las FARC-EP durante el proceso de dejación de armas, teniendo éstas estrecha relación con dicho proceso.

El segundo corresponde al factor personal, que trata de los sujetos que podrán ser juzgados por la JEP y ser receptores de las amnistías y beneficios en el juzgamiento en la JEP. Son excepción a lo anterior i) quienes pertenezcan a grupos alzados en armas que no hayan suscrito el acuerdo final ii) disidentes de las FARC-EP y iii) quienes inicialmente se acogieron al proceso pero posteriormente volvieron a levantarse contra el Estado colombiano.

Sobre las conductas de agentes del Estado, la JEP tiene competencia personal mientras que se cumpla el elemento objetivo de la competencia y no medie ánimo de enriquecimiento personal ilícito determinante. Finalmente, frente a personas que participaron en conductas punibles se tendrá competencia mientras estas decidan acogerse a la jurisdicción, salvo casos de graves violaciones de derechos humanos entre otros.⁶

⁶ En concordancia con los numerales 9, 32 y 33 del punto 5.1.2. del Acuerdo Final.

Según los artículos sexto y décimo del Acto Legislativo 01 de 2017, la JEP posee competencia prevalente respecto a las actuaciones penales, disciplinarias o administrativas y competencia limitada a revisar las sanciones o remedios establecidos por otras jurisdicciones, sin iniciar un proceso penal nuevo; todo lo anterior a solicitud del interesado. Esto es, la JEP está en capacidad de revisar y revocar providencias, aplicando las normas relativas a la justicia transicional, en un nuevo proceso. De esta forma, la prevalencia se expresa de dos formas: (i) respecto a causas que ya han sido juzgadas y (ii) respecto a causas sobre las cuales no verse providencia judicial de fondo.

Quienes deseen acudir a la JEP (Tribunal de Paz) y recibir un tratamiento especial de sanciones propias o alternativas, deberán cumplir con las condiciones de verdad, reparación y no repetición. En el aspecto de verdad, deben detallar de manera exhaustiva las conductas cometidas y las causas que llevaron a su comisión con el fin de establecer las responsabilidades, la reparación y las garantías de no repetición, pues entre mayor sea el grado de verdad mayor será el tratamiento especial por concederse por la JEP. A su vez, la JEP asegurará el respeto por las garantías mínimas fundamentales al debido proceso, la defensa, la asistencia de un abogado, la presunción de inocencia, la independencia e imparcialidad de los magistrados, el cumplimiento del principio de favorabilidad, la motivación de las sentencias y la presentación de recursos de reposición y apelación ante las salas y secciones.⁷

Conforme a los artículos ya citados del Acto Legislativo 01 de 2017 la JEP (i) tiene competencia prevalente respecto a las actuaciones penales, disciplinarias o administrativas por conductas cometidas con ocasión, por causa o en relación directa o indirecta con el conflicto armado y (ii) a través de la Sección de Revisión del Tribunal de Paz, tiene la facultad de revisar sanciones de naturaleza disciplinaria o administrativas, anular o extinguir la responsabilidad o la sanción disciplinaria y/o revisar las decisiones sancionatorias de la Procuraduría General de la Nación o de la Contraloría General de la República y las sentencias proferidas por cualquier otra jurisdicción, a petición de parte del investigado o sancionado; teniendo entonces la potestad de modificar la cosa juzgada de las demás jurisdicciones, claro está, si se cumplen los criterios objetivos, subjetivos y temporales que le otorgan competencia para conocer de dichos casos. Este último punto corresponde a una flexibilización del principio de la cosa juzgada en el marco de la JEP, que trae consigo tensiones que merecen en sí mismas estudio más adelante.

Resulta necesario indagar por el fundamento teórico de la prevalencia de la JEP respecto de las demás jurisdicciones, el cual guarda asidero en al menos dos

⁷ REPÚBLICA DE COLOMBIA & FARC. Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz estable y duradera. 24 de noviembre de 2016

puntos centrales: (i) la flexibilización de las instituciones y procesos convencionales, propia de los sistemas de justicia obtenidos en transiciones negociadas y (ii) la dicotomía entre justicia retributiva y restaurativa.

Resulta importante el primer punto en tanto los sistemas de justicia transicional suponen ceder ante las sanciones propias de los modelos tradicionales de justicia⁸, que en principio impiden alcanzar transiciones negociadas, pues estas obedecen a la lógica propia de las dinámicas previas al cambio.

Así, los procesos de justicia transicional derivados de una negociación suponen la flexibilización de lo que Elster denomina la justicia legal en el marco jurídico vigente, de forma tal que no se provoque más injusticia, sino que se restablezca la paz (jurídica) y la estabilidad dentro de una sociedad cuyo tejido social se ha fracturado⁹. En este sentido, dicho autor sostiene que: “Si se las compara con los procesos penales o civiles ordinarios, la retribución y la restitución tienden a verse fuertemente limitadas por la escasez y las motivaciones incompatibles”¹⁰.

No es dable admitir una flexibilización tal que termine conculcando los derechos de las víctimas, toda vez que por el desarrollo del derecho internacional público en la posguerra se ha llegado a notorios e importantes consensos en la protección y garantía de los derechos humanos en distintos cuerpos normativos. Ejemplo de lo anterior son el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional, implicando al menos cuatro obligaciones para los Estados: (i) la satisfacción del derecho a la justicia (ii) la satisfacción del derecho a la verdad; (iii) la satisfacción del derecho a la reparación de las víctimas; y (iv) la adopción de reformas institucionales y otras garantías de no repetición, como se sostiene a lo largo de este texto.

En el mismo sentido se ha pronunciado Teitel, quien sostiene que se debe adoptar una amplia gama de estrategias encaminadas a la no repetición de las atrocidades, que garantice a los participantes en el conflicto, más allá de retribuciones, la priorización de la investigación y el juzgamiento¹¹; detrás de esto, se encuentra una discusión de fondo entre justicia retributiva y justicia

⁸ ROJAS BETANCOURTH, Danilo. *Cosa juzgada, justicia transicional y justicia contencioso administrativa: una justificación de su relativización*. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. 2017, pp. 571-586

⁹ GALAIN PALERMO, Pablo. *¿Justicia de transición?*. 1° Edición. Madrid: Tirant to blanch Editorial. 2016, p. 36

¹⁰ ELSTER, Jon. *Rendición de cuentas: La justicia transicional en perspectiva histórica*. Buenos Aires: Katz Editores. 2006, p. 247

¹¹ TEITEL, Ruti G. *Transitional Justice*. 1° Edición. Oxford: Oxford University. 2000

restaurativa, pues la idea de la justicia restaurativa parte del reconocimiento de las víctimas y sus derechos a partir de la reparación del daño causado y no de la venganza, con la pretensión de restablecer el estado de cosas anterior y de construir un estado de paz¹². Igualmente, se ha afirmado que implica la participación de la comunidad en donde se desarrolla el contexto del sujeto que pretende ser reparado. En suma, este modelo de justicia pretende restaurar los vínculos sociales que se vieron lesionados por un actuar dañoso, mediante un proceso de reconciliación, reparación y perdón entre el que causa el daño, la víctima y la comunidad donde se desenvuelve la vida de esta.

Por otro lado, la justicia retributiva supone el deber internacional de los Estados de investigar, juzgar y, si es el caso, sancionar a los responsables de las violaciones de derechos humanos. Esta idea es acogida, por ejemplo, en el Caso Barrios Altos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde se ha reiterado que “(...) todas las normas de amnistía, prescripción y eliminación de responsabilidades son inadmisibles dado que son creadas para impedir la investigación y sanción de los derechos humanos”¹³.

En esta línea, Teitel nos permite hacer nuevamente referencia al punto 1, en tanto sostiene que el Estado Colombiano tiene cierta flexibilidad para el cumplimiento de los criterios previstos por la jurisprudencia de la Corte Interamericana¹⁴.

2. Jurisdicción Especial Indígena

La Jurisdicción Especial Indígena corresponde al ejercicio del derecho que tienen los pueblos indígenas a la resolución de conflictos de manera autónoma en sus territorios de acuerdo a sus tradiciones y costumbres, reconocido en el artículo 246 de la Constitución de 1991¹⁵. Este derecho está limitado en su ejercicio por las normas constitucionales, al mismo tiempo, la jurisprudencia constitucional ha regulado su ejercicio con el pasar de los años en ausencia de regulación legal.

¹² PÉREZ SAUCEDA, José & ZARAGOZA HUERTA, José. “Justicia Restaurativa: Del Castigo a la Reparación”. En: *Entre libertad y castigo: dilemas del Estado Contemporáneo*. N°1. 2012. Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 639-654.

¹³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Barrios Altos c. República del Perú*. 2001.

¹⁴ TEITEL, Ruti G. *Transitional Justice*. 1° Edición. Oxford: Oxford University. 2000.

¹⁵ MORA, Diana Fernanda. *Bases Conceptuales de la Jurisdicción Especial Indígena*. Bogotá: Universidad Javeriana. 2003.

La JEI puede ser vista como un escenario de ampliación de la soberanía estatal, pues el reconocimiento constitucional implica que el Estado regula el ejercicio de la Jurisdicción Indígena¹⁶. En todo caso, también es un escenario de protección de derechos, tanto colectivos, cuyo titular es el pueblo indígena, como individuales, pues como mecanismo de resolución de conflictos, es un escenario en el que se ejercen los derechos ligados a la administración de justicia y, en general, debe asegurar la protección de derechos fundamentales.

La JEI no tiene un límite en cuanto a las materias que puede conocer. Causas sobre las que usualmente conocería, por ejemplo, la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad civil, pueden ser conocidas por la JEI. Debido a la naturaleza de los asuntos que conoce la JEP, entraremos a hacer un estudio de competencia en materia penal, que ha sido a su vez el ámbito más desarrollado por la Corte Constitucional.

La competencia de la JEI está determinada en materia penal por cuatro factores. Dos de ellos son necesarios para que haya competencia y dos de ellos son factores relevantes que pueden dar lugar a la competencia de la JEI¹⁷. Los factores necesarios corresponden al ámbito territorial y al factor institucional.

El factor territorial corresponde a que los hechos hayan ocurrido en un lugar propio en el que el pueblo indígena reclama competencia. Esto no se interpreta de manera restrictiva y, por ello, no se encierra a las tierras tituladas que comprenden un resguardo indígena. De ahí que se pueda hablar de este factor, respecto de las tierras y el territorio entendido este como la “totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”¹⁸. De tal manera que la autoridad indígena puede argüirse competencia sobre hechos ocurridos fuera de las tierras que ocupan pero que aun así estén comprendidos dentro de su territorio ancestral debido a su importancia cultural, como bien pueden ser los cementerios y demás lugares de interés religioso y espiritual.¹⁹

El factor institucional tiene por objeto la adecuada protección de los derechos fundamentales de los procesados. Así, se trata de requerimientos básicos con los que debe contar el pueblo indígena interesado, relacionados con la capacidad de cohesión sobre la población que tiene la autoridad que reclama competencia.

¹⁶ Ibid., p 17

¹⁷ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. Sentencia T-617 del 5 de agosto de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Expediente T-2.433.989

¹⁸ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio C169 Sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), artículo 13.

¹⁹ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-1238 del 12 de diciembre de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Expediente T-706811

Además, es pertinente hacer claridad en que la protección de estos derechos fundamentales se hace atendiendo a las características y cosmovisiones especiales del pueblo indígena. Finalmente, en virtud del principio de legalidad, se debe entender que las normas indígenas aplicables al caso sean predecibles; esto es, correspondan a los usos y costumbres del pueblo indígena en cuestión.

El elemento personal de la JEI corresponde al desarrollo de la teoría del fuero indígena²⁰. Este trata de la posibilidad de un error de prohibición por haber sido educado en una cultura indígena, lo que da lugar a varias posibilidades, una de ellas se da cuando la conducta punible o socialmente nociva sea cometida dentro del ámbito territorial del pueblo indígena por parte de un indígena, habrá competencia de la JEI. Si se trata de un indígena que comete una conducta punible fuera del ámbito de la JEI, se deberán evaluar ciertos aspectos. Uno de ellos consiste en evaluar si se trata de un error de prohibición invencible por ser un procesado indígena, caso en el que se deberá absolver. Si no se halla la invencibilidad del error, pero sí se halla que la condición de indígena fue determinante en la comisión de la conducta punible, se entenderá que debe ser juzgado por la JEI. En caso contrario, será competente la justicia de la sociedad mayoritaria.

El último elemento de competencia de la JEI es el objetivo. Desarrollado por el Consejo Superior de la Judicatura, refiere a la titularidad del bien jurídico tutelado vulnerado en la comisión del delito juzgado²¹. En su versión inicial, este criterio significaba que el hecho de que la conducta juzgada fuera de especial nocividad o interés para la cultura mayoritaria significaba que la JEI perdía competencia. Para la Corte Constitucional esta interpretación es errónea y el mero hecho de que una conducta resulte de interés para la sociedad mayoritaria no puede significar la negación de los derechos de los pueblos indígenas. Aun así, esto sí se tendrá en cuenta la titularidad del bien jurídico tutelado como un criterio junto con el resto de factores de competencia.

Sobre lo anterior se debe agregar que el ejercicio de la Jurisdicción Especial indígena es facultativo²². Esto es importante pues pone de presente el sustrato de este derecho, en tanto es un desarrollo del derecho de libre autodeterminación por parte de pueblos minoritarios en el marco de una sociedad mayoritaria. Así,

²⁰ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión. Sentencia T-728 del 5 de septiembre de 2002., M.P. Jaime Córdoba Triviño. Expedientes acumulados T-593713 y T-594894

²¹ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. Sentencia T-617 del 5 de agosto de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Expediente T-2.433.989

²² REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-139 del 9 de abril de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Expediente No. D-1080

puede entenderse que es la voluntad de los pueblos aquella llamada a ceder la competencia de sus asuntos a, por ejemplo, autoridades estatales en el marco de su relación con el Estado. Mientras que este carácter volitivo tiene límites en el marco de la JEP, atendiendo a la prevalencia de esta última, sigue siendo un factor de vital importancia.

Habiendo establecido los factores de competencia tanto de la JEP como de la JEI podemos hacer una descripción de aquellos casos en materia penal en los que podrá darse la revisión de una decisión tomada en la JEI por parte de la JEP y de aquellos casos en los que podría suscitarse un conflicto de competencia.

Observamos que aquellos casos en los que con causa u ocasión del conflicto armado se cometa una conducta punible y estos hechos sean competencia de un pueblo indígena con autoridades capaces de impartir justicia, con anterioridad al primero de diciembre de 2016 podrían, en principio, ser juzgados tanto por la JEP como por la JEI. Lo anterior fue positivizado en el Reglamento General de la Jurisdicción Especial para la Paz, en su artículo 99, en el que se desarrolla la necesidad de iniciar la articulación con la JEI en los casos en los que sea sujeto una persona perteneciente a un pueblo étnico. Se debe agregar además que también será un factor de conflicto de competencia el que la comisión de los hechos punibles haya tenido lugar en territorio indígena.

3. La justicia colombiana ya ha resuelto un caso como el descrito

El 18 de abril de 2013, en el municipio y resguardo indígena de Jambaló, Cauca, se produjo el asesinato del *The Wala* Benancio Taquinás, lo que generó en el pueblo indígena un daño individual con efectos colectivos por la pérdida de su guardia indígena y líder espiritual. Por el presunto delito, fueron capturados siete combatientes de las FARC-EP con pertenencia étnica-indígena, para que enfrentaran el juicio de las comunidades del Norte del Cauca. Las cuales se constituyeron en Asamblea comunitaria, y a la que se integraron alrededor de cinco mil personas pertenecientes a los cabildos de Toribío, Tacueyó, San Francisco y Jambaló.

La Asamblea dictaminó que eran infundadas las acusaciones contra cinco de los acusados; pero, sí halló probada la participación y comisión del delito por dos de ellos, que habían admitido ser combatientes de las FARC-EP. En ese sentido, las autoridades tradicionales indígenas del Pueblo Nasa ordenaron la liberación de los primeros y condenaron a los segundos a cuarenta (40) años de pena privativa de la libertad en el “patio prestado” de la cárcel San Isidro del INPEC en Popayán. La Asamblea también le recalcó a la Guardia Indígena y a

las autoridades la necesidad de fortalecer los procesos de control territorial para evitar actos que desarmonizaran al territorio.

Tras la expedición y vigencia de las normas relativas al Acuerdo Final y la Jurisdicción Especial para la Paz, los dos condenados por la Asamblea comparecieron voluntariamente ante la JEP para reconocer la verdad de su participación sobre los hechos que ejecutaron como miembros de la guerrilla de las FARC-EP, incluyendo el reconocimiento de su responsabilidad respecto del asesinato del *The Wala*. Con el fin de acogerse a los beneficios penales, uno de los excombatientes, Jhon Jairo Mayorga Suárez, instauró una acción de tutela para solicitar su libertad condicional en aplicación de la Ley de Amnistía. Conociendo el Consejo de Estado sobre esta acción, en segunda instancia, amparó los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad del accionante y en consecuencia dispuso el traslado del condenado “en condición de privado de la libertad, a la Zona Veredal Transitoria de Normalización de Buenavista en el municipio de Mesetas; o a la que haya lugar”, ordenándole a la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca Çxhab Wala Kiwe – Proyecto Nasa, a que se abstenga de impedir tal traslado; y exhortando al INPEC para que actúe en el traslado o en aquello que sea de su competencia²³

Los *Nejwesx* (Autoridades Tradicionales del Territorio Ancestral de Jambaló Cauca) con el propósito de tomar una decisión frente al citado fallo del Consejo de Estado, convocaron a la comunidad a una Asamblea extraordinaria, la cual fue acompañada por la ONU, el Secretario Ejecutivo de la JEP, organizaciones propias como la ACIN – *Cxab Wala Kiwe*, el CRIC y la ONIC. Además de la suerte de los dos excombatientes, la Asamblea analizó el caso de otros cinco (5) comuneros que están reclusos en el patio prestado, por el homicidio de comuneros y las desarmonías causadas por estas conductas al territorio ancestral y la comunidad.

Habiendo escuchado a los excombatientes, y a las familias de las víctimas, la Asamblea comunitaria decidió: i) No conceder el beneficio de libertad condicional inmediata ni ningún traslado, en tanto la Ley 1820 de 2016 y sus decretos reglamentarios no surtieron el trámite de consulta previa para la obtención del consentimiento previo libre e informado, ii) se le otorgaran los beneficios dispuestos en el SIVJNR cuando esas conductas hayan sido esclarecidas y los sancionados satisfagan el derecho a la reparación integral de las víctimas (territorio, pueblo e individuos); iii) reafirmar el fallo *Nasa Üus Yutx Pehnxi* del Tribunal Indígena de 4 de diciembre de 2017, en donde se condenó

²³ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Consejo de Estado, Sección Cuarta. Radicado 19001-23-33-0002017-00216-01 fechado 19 de octubre de 2017. Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez.

a otros sujetos a pena privativa de libertad; iv) notificar de su decisión judicial al Consejo de Estado; v) reafirmar su control territorial en las tres (3) zonas y el casco urbano de Jambaló Cauca, y mandató a los *Kiwe Thegnas* (Guardia Indígena) para persistir en las acciones articuladas y coordinadas por la defensa del territorio ancestral en el nivel regional junto con la *Çxhab Wala Kiwe* y; vi) definir lineamientos desde la legislación propia para la reincorporación de los sancionados²⁴.

De los hechos reseñados es posible derivar algunas conclusiones. En primer lugar, la aplicación de las normas referentes al proceso de paz se torna en fuente de conflicto entre las autoridades estatales y las autoridades indígenas; entre la sociedad mayoritaria y los pueblos indígenas. Este resultado es notoriamente contrario a los propósitos de las normas aplicadas y, por tanto, debe ser evitado.

Un segundo elemento a rescatar es que, si bien se expresa que no se aplicarán normas relativas al Acuerdo Final, no se trata de una protesta al SIVJRN en sí, que se acepta, sino de la forma en la que se está llevando a cabo el diálogo entre las autoridades del Estado, sea el Poder Legislativo o el Judicial, y las autoridades indígenas.

Finalmente, del caso son visibles las reclamaciones del pueblo Nasa con respecto de la aplicación de los beneficios establecidos en la Ley 1820 de 2016. Se pide, simplemente, verdad, reparación y garantías de no repetición. No hay razón para pensar que la JEI y la JEP están en colisión, pues sus objetivos son los mismos. Como veremos más adelante, la relación entre las jurisdicciones puede ser armónica y se debe propender por buscar esa armonía, como sucedió con el levantamiento de protocolos conjuntos, que buscan evitar conflictos como el que narra el caso.

4. Nociones básicas relevantes de la teoría general del proceso

El contenido de los acápites precedentes se refiere a normas de carácter procesal; es decir, aquellas que regulan la serie de actos necesarios para la consecución de una providencia de carácter jurisdiccional²⁵. Así, en el entendido de que un correcto entendimiento de la naturaleza de las instituciones jurídicas es necesario para su correcta aplicación, se harán ciertas anotaciones sobre el

²⁴ Autoridades Tradicionales del Territorio Ancestral de Jambaló, Cauca. Comunicado a la opinión pública En todo caso, esta flexibilización guarda límites en el respeto por los derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y garantías de no repetición, junto con las garantías y derechos derivados de estos. número 1 fechado el 21 de febrero de 2018.

²⁵ CALAMANDREI, Piero. *Instituciones del Derecho Procesal Civil*. 1° Edición. Buenos Aires: Ediciones jurídicas de América y Europa, 1973.

objeto y función del proceso, seguido de un análisis sobre la cosa juzgada, de particular interés atendiendo al escenario de revisión contenido en el artículo sexto transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017.

El proceso en sí no es una finalidad; sin embargo, mediante el proceso se persiguen ciertos fines valiosos. Estos propósitos, según Adolfo Rivas son “a) permitir el debate de la pretensión; b) posibilitar la resolución del conflicto, y c) transformar en acto el valor justicia”.²⁶ Ahora bien, Masciotra²⁷ concibe que los individuos buscan, usando para ello el proceso, una sentencia que les sea favorable, mientras que el Estado busca obtener a través del proceso una sentencia en la que se refleje la legalidad y se manifieste su autoridad, y el objetivo hacia la cual se dirige el clamor social es que se tome una decisión justa. Esta finalidad social según el mismo Masciotra se definiría como “un pronunciamiento que aplique el derecho a la realidad de los hechos litigiosos”²⁸.

Ante este panorama, quedaría la incógnita de, si el proceso reviste un carácter de dispositivo en beneficio de intereses particulares, o si mejor es un instrumento público que interesa al Estado y la sociedad. Masciotra resuelve el asunto indicando que “Si el objetivo final de la actividad jurisdiccional es materializar y concretar el valor ‘Justicia’, de manera alguna se puede concebir o calificar al proceso como negocio particular o relación jurídica privada o limitarla a una competición o un enfrentamiento entre las partes”²⁹; por ende, la finalidad adecuada para el proceso debe ser tendiente a aquella posición pública en donde se busca la aplicación efectiva del derecho y se manifiesta en una decisión adecuada a la concepción de justicia.

Así pues, Masciotra³⁰ señala la constitucionalización de las garantías procesales como evidencia de la tendencia a adoptar una concepción del carácter público del proceso. Estas han logrado consolidarse a través de normas del ámbito nacional y supranacional, teniendo como efecto la creación de catálogos de derechos y garantías fundamentales las cuales tienden al amparo de las partes y son aplicables en todo proceso; de esta forma, hay evidencia de la tendencia a considerar el carácter público y social del proceso sobre el carácter particular.

²⁶ RIVAS, Adolfo. *Teoría General del Derecho Procesal*. Lexis Nexis, Buenos Aires. 2007, p. 314. Citado por: MASCIOTRA, Mario. “Los Poderes-Deberes del Juez en el proceso civil”. En: *Revista Jurídica Primera Instancia*. enero-junio, 2015. No. 4, p.100.

²⁷ MASCIOTRA, Mario. “Los Poderes-Deberes del Juez en el proceso civil”. En: *Revista Jurídica Primera Instancia*. enero-junio, 2015. No. 4, p. 101.

²⁸ *Ibid.*, p. 101.

²⁹ *Ibid.*, p. 102.

³⁰ *Ibid.*, p. 103.

De lo anterior podemos entender que de la naturaleza misma del proceso en el marco de los procesos de constitucionalización de derechos relativos al proceso, surge que el proceso es escenario de protección de derechos en el que el Estado y la sociedad desarrollan sus fines. Así, entenderemos la teoría moderna en esta clave, estableciendo relaciones entre las nociones básicas del derecho procesal y su razón de ser: los derechos que protegen y los objetivos que pretenden lograr.

Larry Laudan nos ofrece una visión extra jurídica sobre la finalidad del proceso, desde la epistemología. Según indica Laudan “el objetivo principal de un juicio penal es averiguar la verdad acerca de la comisión de un supuesto delito”³¹, en ese sentido señala que el proceso tiene dos objetos principales que se encuentran entrelazados, siendo el primero de ellos la verdad y el segundo la justicia y frente a este último señala que “la veracidad de los resultados es condición necesaria (aunque no suficiente) de su justicia”³².

Así mismo, señala que cada sistema está gobernado por tres valores principales a saber: (i) *los extra-epistémicos*, de los que resalta “las consideraciones de oportunidad, las relacionadas con los derechos de los acusados, los vinculados con la transparencia y el debido proceso”³³; (ii) aquellos que corresponden a lo que el autor llama *el núcleo duro de la epistemología jurídica*, en donde “el interés (...) está en reducir o aminorar la probabilidad de un juicio erróneo (...). [Este] núcleo (...) se interesa precisamente en cómo hacer para que éstos errores sean tan improbables como permita la evidencia”³⁴; (iii) un tercer conjunto que Laudan denomina como *el núcleo débil de la epistemología jurídica*, en donde “el interés no está en la reducción de los errores sino en su *distribución* de una manera particular”³⁵.

Señala Taruffo, haciendo referencia al texto de Laudan, que “la aspiración de objetividad dirigida a alcanzar el conocimiento de la verdad de los hechos en el proceso civil no es la finalidad prioritaria en todos los contextos procesales del Derecho”³⁶, y señala que la finalidad que se le asigne al proceso está íntimamente ligada con su estructura “y (...) el modo en que la verdad está o no incluida entre

³¹ LAUDAN, Larry.. “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”. En: *DOXA, Cuadernos de filosofía del Derecho*, 28, 2005, p. 96.

³² *Ibid.*, p. 96.

³³ *Ibid.* p. 97.

³⁴ *Ibid.*, p. 97.

³⁵ *Ibid.* p. 97.

³⁶ TARUFFO, Michele. “Tres observaciones sobre “por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, de Larry Laudan”. En: *DOXA, Cuadernos de filosofía del Derecho*, 28, 2005, p. 115.

estas finalidades³⁷. Para él, la finalidad del proceso varía dependiendo de si se trata de un proceso penal o un proceso civil, pues el primero “parece más bien dirigido a la implementación del principio de contradicción entre las partes y, principalmente, al pleno desarrollo de la defensa del imputado”³⁸, mientras que en el segundo prima la visión de que el proceso es de las partes “y como tal está orientado exclusivamente a la resolución de la controversia entre sujetos privados”³⁹ pero plantea que contemporáneamente se considera como uno de los objetivos del proceso civil llegar a una resolución justa, que como presupuesto requiere “que ésta se funde en una determinación de la verdad de los hechos de la causa”⁴⁰ y señala que siendo ese el caso “la eliminación o reducción de los errores (...) es el objetivo prioritario”⁴¹.

Sobre la noción de decisión justa, Taruffo comenta “para que una decisión judicial sea justa es necesaria la concurrencia, de forma conjunta, de tres condiciones: que (i) la decisión sea resultado de un proceso justo, (ii) la correcta interpretación y aplicación de la norma asumida como criterio de decisión, así como (iii) la determinación verdadera de los hechos del juez”⁴², y añade que “una decisión justa es el propósito final del litigio”⁴³.

Así, entendemos de que la búsqueda de la toma de una decisión justa es el objetivo desarrollado en el proceso por la sociedad en general, y ésta descansa en una búsqueda de la verdad y es aquí donde descansa la importancia de la verdad en el proceso. Así, se observa que la búsqueda de la verdad sí es un fin del proceso, aunque no en sí misma. Esto nos habla de la relación entre el proceso y la epistemología.

Una visión interna del derecho en relación al propósito del proceso nos la da Mauro Cappelletti que define de manera clara la instrumentalidad del proceso: “El derecho procesal no es en verdad un fin en sí mismo, sino instrumento para el fin de la tutela del derecho sustancial, público y privado;

³⁷ Ibid. p. 116.

³⁸ Ibid. p. 117.

³⁹ Ibid. p. 118.

⁴⁰ Ibid. p. 118.

⁴¹ Ibid. p. 118.

⁴² UREÑA, Belén.. “La verdad de los hechos como conditio sine qua non de una decisión judicial justa en el pensamiento de Michele Taruffo”. En: *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, vol. XLIX de 2016, núm. 146. Universidad Nacional Autónoma de México. p. 284.

⁴³ TARUFFO, Michele. “Investigación judicial y producción de prueba por las partes”. En: *Rev. Derecho (Valdivia)* Vol 15. Diciembre, 2003. Pp. 205-213 [online]. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-09502003000200010&script=sci_arttext

está, en suma, por decirlo así, al servicio del derecho sustancial, del cual tiende a garantizar la efectividad, o sea la observancia, y, para el caso de inobservancia, la reintegración.”⁴⁴. En ese sentido debemos considerar que si el proceso, como instrumento, tiene su razón de ser en garantizar la materialización del derecho sustancial para la consecución de una tutela efectiva, este debe ser idóneo para ello, en otras palabras “Un sistema procesal será tanto más perfecto y eficaz, cuanto más sea capaz de adaptarse sin incoherencias, sin discrepancias, a esa naturaleza y esa finalidad”⁴⁵; así pues, solo queda decir que para lograr una materialidad del derecho sustancial, el instrumento debe ser el adecuado, es decir que el proceso debe ser diseñado y estar orientado a la tutela efectiva del derecho sustancial.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el proceso, como instrumento, es el mecanismo para la materialización de las normas sustanciales, es preciso advertir que el sentir o mas bien la tendencia ideológica de quienes ponen en marcha la operación de este instrumento influirá de alguna manera en la consecución de las metas del proceso, que según advertimos anteriormente, es la realización efectiva del derecho sustancial, en otros términos, de la posición ideológica, formación, valores, posiciones políticas, éticas y la imagen del mundo de los funcionarios que intervienen en el proceso dependerá en mayor o menor forma la materialización del derecho.

No obstante, Cappelletti⁴⁶ observa que las normas que interpreta y que son la materia prima de quien juzga, están también influenciadas por una corriente ideológica, la cual dependerá de los factores contextuales que se hacen evidentes en la textura de la norma, evocando las emociones o los valores de la sociedad, por tanto la tendencia a adoptar cierta ideología en el proceso, no solamente está influenciada por las concepciones particulares del juzgador, sino que esta caracterización ideológica también puede estar marcada por las normas y por ende, reflejar la posición de quienes las producen.

Así, concluimos que la función interna del proceso en el sistema jurídico es la realización del derecho sustancial, realización que es producto de las concepciones ideológicas de quien aplica el derecho y que puede ser el reflejo de las concepciones ideológicas dominantes. Así, el proceso es un ejercicio político e ideológico y hacer este reconocimiento es fundamental en el marco de un estudio de justicia transicional y la administración de justicia de un grupo tradicionalmente subalterno y segregado de la sociedad mayoritaria. Lo anterior

⁴⁴ Ibid., p.5.

⁴⁵ Ibid., p.6.

⁴⁶ Ibid., p.28.

porque ambas temáticas están ligadas por condiciones políticas, culturales e ideológicas especiales, que afectan la lógica gobernante de los procesos que en su seno se desarrollan.

Habiendo desarrollado los propósitos, la función y las dinámicas internas del proceso, pasaremos al estudio del concepto de cosa juzgada, que es de especial importancia, en tanto el artículo 6 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2016 da lugar a la revisión de decisiones tomadas por la JEI, con efectos y garantías de cosa juzgada, por parte de la JEP.

Respecto a la cosa juzgada, Jordi Nieva⁴⁷ considera que se puede definir sencillamente como “la prohibición de reiteración de juicios”, en este sentido también indica que “la cosa juzgada formal no es más que la prohibición de repetición del juicio por el mismo juez que creó ese juicio”⁴⁸; mientras que acerca de la cosa juzgada material señala que “no es sino la prohibición de que jueces posteriores desvirtúen en procesos diferentes aquello que dijo un juez anterior”. Así, Nieva encuentra que la doctrina ha hecho esfuerzos en vano para tratar de problematizar dogmáticamente el entendimiento de la cosa juzgada, siendo que simplemente se debe partir de que es una prohibición de carácter procesal que evita que se repita el mismo proceso.

En cuanto a los límites de la cosa juzgada en primer lugar Nieva⁴⁹ indica que, si bien cuando se ha pronunciado el juzgador sobre el litigio concreto, dándole solución, nadie debe producir fallo en ocasión posterior sobre el mismo juicio, en ninguna circunstancia, sin embargo, se deben tener en cuenta las causales que dan vía a un eventual recurso de revisión, punto en el cual la cosa juzgada cedería terreno ante otras normas que permiten la revisión de sentencias y la reapertura de procesos.

Señala Nieva⁵⁰ en torno al objeto del proceso, que este solo puede ser delimitado a través de un estudio del caso particular ya decidido, para encontrar los puntos sobre los cuales no habría operación de la cosa juzgada, es decir sobre cuáles puntos se es posible entablar un proceso y fallar con base en la delimitación de este nuevo objeto litigioso. Pero en cuanto a esta delimitación Nieva⁵¹ es claro en advertir que no es prudente realizar la delimitación del probable objeto del proceso a partir del fallo contenido en la sentencia del proceso

⁴⁷ NIEVA, Jordi. “Cosa Juzgada: el fin de un mito”. En: *Revista Peruana de Derecho Constitucional*. No 9, pp. 113-134.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 119.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 119.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 121.

⁵¹ *Ibid.*, p. 127.

anterior y del cual podría predicarse la cosa juzgada, pues deben además del fallo tenerse en cuenta las consideraciones y elementos de la narración procesal para identificar aquellos puntos que no han sido objeto de fallo, por lo cual resulta inocuo restringir la interpretación de un juicio anterior solo a la parte resolutive de la sentencia que lo decidió.

La cosa juzgada, conceptualiza Devis Echandía, es una institución jurídico procesal mediante la cual se determina que la voluntad del Estado, contenida en la ley es para ese litigio definitiva e inmutable⁵² y por ello las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias adquieren también el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas con miras a la terminación definitiva de controversias y a garantizar seguridad jurídica a los ciudadanos. De esa forma, se genera la prohibición de la presentación de un nuevo litigio con la misma causa que uno que ya tiene efectos de cosa juzgada.

En un escenario de justicia transicional en el que se relativiza dicha institución en función de garantizar la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera. Lo anterior en tanto que lo ya reseñado en el acápite de Justicia Transicional nos muestra que el objeto político de la sociedad en el momento en que se dan estos juicios es el de realizar un cambio en su sociedad. Como este es el objeto, los efectos de cosa juzgada que se interpongan en el camino de la reconciliación nacional podrían perderse, sea porque son condiciones para la reincorporación de los actores armados o sea en busca de mecanismos efectivos de reparación o la verdad. Y es aquí donde observamos la contradicción de la cosa juzgada en un escenario de transición: es un mecanismo que pretende la protección de la paz social y la terminación de los conflictos, aspecto que no debe olvidarse, y es al mismo tiempo puede ser un obstáculo para la construcción de paz y la terminación del conflicto.

5. La jurisdicción Especial Indígena como escenario de protección de derechos procesales e indígenas

Como de la mano de Cappelletti anotamos, el proceso es un fenómeno político, que está transversalmente determinado por la ideología que lo gobierna. Es también un escenario de protección de derechos y no es sino natural concluir que esta protección está también determinada por la ideología. Así, un primer aspecto a estudiar sobre la JEI es cómo ésta se relaciona con la ideología y cultura que lo gobierna a la hora de la protección de derechos.

⁵² DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal. Tomo 1: Teoría General del Proceso*. Decimoquinta edición. Bogotá: Editorial Temis, p. 440

Atendiendo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional con respecto del elemento institucional de la competencia de la JEI podemos observar que si bien se trata de un límite a esta jurisdicción, es también un reconocimiento de la idoneidad del juez indígena para conocer de ciertas causas. Esta idoneidad se fundamenta en la capacidad de cohesión de la autoridad indígena sobre el pueblo que representan; lo que corresponde a la protección del derecho al juez natural establecida en el artículo 29 de la Constitución Política de 1991 y es, en últimas, un reconocimiento a la diversidad étnica y cultural en nuestro proyecto nacional.

Según el Acuerdo Final, la Ley 1448 de 2011 y jurisprudencia de la Corte Constitucional, la verdad es un derecho fundamental, de carácter tanto individual como colectivo⁵³. Como se evidencia con el debate entre Taruffo y Laudan, la obtención de la verdad, si bien es un fin del proceso, no lo es en sí misma; lo es en tanto legitima la decisión, pues la verdad es un requisito para calificarla de justa. Entendiendo que la función de la verdad es legitimante del proceso, y que este es un fenómeno ideológico, salta a la vista que la búsqueda de la verdad deberá estar encaminada de tal forma que justifique la decisión frente a quienes reclaman justicia, es decir, frente las víctimas como la sociedad en su conjunto.

Bien es sabido que las visiones sobre la naturaleza de la verdad de los pueblos⁵⁴ indígenas colombianos es diversa, entre sí y con respecto de las concepciones plasmadas en las disposiciones jurídicas de la sociedad mayoritaria. En función de lograr la legitimidad del proceso y de la decisión emanada de éste, los procesos de búsqueda de la verdad al seno de la JEI corresponde a la cosmogonía del pueblo que los lleva a cabo. De lo contrario, difícilmente serían legítimas las decisiones basadas en esta verdad y poco haría el proceso cumpliendo su propósito. Lo anterior es de especial importancia en el marco de un proceso de justicia transicional, tema sobre el que ahondaremos a posteriormente.

Un segundo aspecto a estudiar es cómo la JEI tiene la función de garantizar derechos cuya lógica corresponde a la cosmogonía y realidad propia de cada pueblo..

Debemos mencionar cómo la cosa juzgada se desarrolla de manera especial en el marco de la JEI. Según Devis Echandía, la cosa juzgada es un mecanismo que expresa y da autoridad a la voluntad del Estado. Al momento de analizar esto, observamos que si bien es cierto en el caso de la JEI, lo es de manera especial; mientras que el artículo 246 puede interpretarse como una delegación de la

⁵³ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-228 del 3 de abril de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

⁵⁴ DURSTON, John. “Los pueblos indígenas en la modernidad”. En: *Revista Cepal*. 51. Santiago de Chile, 1993.

autoridad estatal, teniendo los efectos de cosa juzgada estatal las disposiciones de la JEI es también cierto que esta delegación, en el marco de la autonomía de los pueblos indígenas, significa un reconocimiento de la voluntad de estos pueblos. Así, se ven aunadas la voluntad estatal e indígenas.

Este reconocimiento de su voluntad, expresado en la cosa juzgada formaliza o blinda jurídicamente los mecanismos de solución de conflictos inspirados en cosmogonías ancestrales, siendo entonces un mecanismo de reproducción de estas cosmogonías y, por tanto, asegurando su vigencia en el tiempo, evitando así el exterminio cultural.

Estos efectos de cosa juzgada, con su sustrato especial, son sujeto de flexibilización por virtud de los acuerdos de paz. Al momento de aplicar las normas relativas al Acuerdo Final, se hace necesario, pues es derecho de los pueblos indígenas, que se mantenga la vigencia del sustrato especial descrito y que no se sacrifique la independencia cultural indígena, siendo un nuevo escenario de conflicto.

También es meritorio destacar que en tanto las dinámicas de la JEI corresponden a las nociones culturales indígenas, es esta la llamada a proteger los derechos que tiene asidero en su cultura. Así, para los pueblos indígenas el territorio es un sujeto en sí mismo,⁵⁵ que merece protección y al mismo tiempo es inescindible del pueblo y personas que lo habitan. En tanto que los pueblos indígenas tienen derecho a que se permita y garantice el mantenimiento de sus costumbres⁵⁶, la defensa del territorio, dada su importancia, es de interés para tanto la sociedad mayoritaria como para el pueblo. De lo anterior es ejemplo el caso del líder indígena Nasa, Feliciano Valencia⁵⁷.

La Corte Suprema de Justicia, en este caso estableció que es posible identificar tres formas de ejercicios del control territorial indígena, que la Corte Constitucional protege: (i) El trato por parte de los Guardias Indígenas (*Kiwe Thegnas*) constituye una manifestación ostensible de control y autonomía en el ejercicio de justicia, en el entendido que esta la función otorgada por los dioses, otorgada a las autoridades tradicionales, y delegada en estos miembros de la comunidad, en uso de su potestad jurisdiccional de organizar la estructura de

⁵⁵ SURRALLEÉS, Alexandre. *Tierra Adentro: territorio indígena y percepción del entorno*. Copenhague, IWGIA, 2004.

⁵⁶ SEMPER, Frank. "Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional". En: *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. Ciudad de México, UNAM, 2006.

⁵⁷ REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP 9243 del 28 de junio de 2017. M.P: Eugenio Fernández Carlier. Radicado: 47119

justicia; (ii) el ejercicio de una minga de resistencia para llegar a consensos, bajo los mecanismos necesarios para llegar a los fines y (iii) la sanción de una conducta desaprobada mediante un ritual para la armonización comunitaria. Finalmente estudiaremos cómo las nociones básicas del proceso se desarrollan en el marco de la JEI y cómo este desarrollo se erige en una defensa de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas.

Proponemos comenzar teniendo presente el papel fundamental de las víctimas del conflicto en el SIVJRNR, y debemos anotar que miembros de los pueblos indígenas y los pueblos en sí mismos han sido víctimas del conflicto armado. Esto cobra especial relevancia en tanto que el ejercicio de la JEI en el marco del conflicto armado fue y sigue siendo un mecanismo de protección de los derechos puestos en riesgo por las hostilidades. Así, mediante la JEI se evidenciaba la organización de los pueblos indígenas, se legitimaba la defensa del territorio y se protegía la vida de los pueblos y sus miembros. De esta forma ha sido la JEI un mecanismo de construcción de paz.

Como se observa en las reclamaciones hechas por parte del pueblo Nasa con respecto de la decisión del Consejo de Estado sobre lo relativo al homicidio del *The Wala* Taquinás, es patente un deseo por parte de al menos esta comunidad indígena por participar en el sistema establecido en el Acuerdo Final, con tal de obtener reparación, verdad y garantías de no repetición.

Tanto los deseos relacionados anteriormente como la JEP están inspirados por un modelo de justicia restaurativa, que no pretende necesariamente atender a la sanción como fin último, sino a la reparación integral de los afectados. Esto implica que la posición ideológica inicial que inspira ambas jurisdicciones es compatible, al menos en lo relativo a este momento histórico especial de cambio. Resta ver entonces si las posiciones ideológicas de quienes están llamados a aplicar el derecho es compatible con lo anterior. O si se torna entonces en un problema de voluntad política.

6. Necesidad de articulación y cooperación

Las consagraciones de derechos étnicos y de reconocimiento de la diferencia en Latinoamérica en la década de los 90, surgen con una necesidad de reconocimiento de los históricamente excluidos para, en torno de las novedosas cartas constitucionales, cohesionar a los individuos parte de la sociedad; sin embargo, esta lógica responde a una corriente multicultural la cual tiene imbricado el reconocimiento de las diferencias presentes en determinado país o como lo señala Hernández Reyna la multiculturalidad “puede ser entendida como el fenómeno que señala la existencia y convivencia de varios grupos culturales

en un territorio o en una situación o bien dentro de un mismo Estado”⁵⁸, pero, esto tiene más bien un carácter simbólico y no de efectividad o materialización de estos derecho.

Desde una perspectiva de interculturalismo crítico, como la plantea Walsh, “la interculturalidad debe ser entendida como designio y propuesta de sociedad, como proyecto político, social, epistémico y ético dirigido a la transformación estructural y socio-histórica, y asentado en la construcción entre todos de condiciones –de saber, ser, poder y de la vida misma–, de sociedad, Estado y país radicalmente distintos”,⁵⁹ lo que permite plantear la importancia de tener en cuenta las necesidades y formas particulares de desenvolvimiento de los pueblos, por lo cual la necesidad de diálogo interculturalidad para lograr la efectividad de los derechos éticos que revisten carácter constitucional y no un vago reconocimiento sin contenido. En este sentido, muchos de los derechos étnicos requieren de un diálogo intercultural más que de uno netamente multicultural que responde a las lógicas neoliberales y además es funcional al *status quo* predominante.

Entre estos derechos, y para nuestro interés particular, debemos hablar de la libre determinación interna y la capacidad de administrar e impartir justicia por los pueblos indígenas.

Esta posibilidad especial de administrar justicia de manera independiente y atendiendo a las formas propias de cada pueblo debe llevar consigo un diálogo desde la interculturalidad, teniendo en cuenta los factores reales que rigen la dinámica interna de cada pueblo a fin de ver reflejada en la realidad la materialización de este derecho.

Por lo cual es relevante, en primera medida, poner en práctica este diálogo intercultural antes de impartir directrices tan amplias que pueden atentar contra estos derechos étnicos e incluso llegar a anular las facultades que la proclamación de estos derechos otorgó a los pueblos indígenas.

En este sentido, directrices procesales tan amplias como la contenida en los artículos 6 y 10 transitorios del Acto Legislativo 01 de 2017, deben primero analizarse a través de esta propuesta de interculturalidad, con el fin de evaluar las implicaciones negativas de la promulgación de normas procesales que implican prevalencia y supremacía de una jurisdicción sobre la otra, teniendo

⁵⁸ HERNÁNDEZ REYNA, Miriam. Sobre los sentidos del “multiculturalismo” e “interculturalismo”. En: Revista de Sociedad, Cultura y Desarrollo Sustentable. Mayo – agosto, 2007. Vol.3, n. 2. p. 413.

⁵⁹ WALSH, Catherine. Interculturalidad y (de)colonialidad: Perspectivas críticas y políticas. En: Visão Global Joaçaba. Junio- diciembre, 2012. v. 15, n. 1-2. p. 73.

en cuenta que la JEI responde a lógicas culturales y sociales muy distintas a las que caracterizan a las jurisdicciones que hacen parte de la institucionalidad mayoritaria.

En el Reglamento de la JEP, el Acuerdo 001 de 2017, se establece mecanismo de diálogo para evitar la relación desigual ya establecida. Estos mecanismo de diálogo, de articulación y cooperación, permiten que los pueblos indígenas expresen sus preocupaciones y participen en la toma de decisiones de al marco de la JEP.

7. Caso hipotético

Podemos dar un ejemplo de un caso en el que se dé a priori la competencia de la JEP y de la JEI y evidenciar en estos la necesidad de establecer mecanismos adecuados de coordinación, con el fin de que el momento de transición hacia la paz sea en sí mismo una fuente conflicto.

El siguiente es un relato hipotético basado en las crónicas de “guerrilleros emberas que la justicia y la jep”, se ha recreado un juicio indígena de acuerdo al “reglamento regional del Chocó para ejercer control en nuestros territorios indígenas organización regional embera wounaan – orewa”. Con el objeto de ejemplificar un posible conflicto de competencia con los guerrilleros acogidos por la JEP.

Ana Yatari es un niña indígena de 12 años, junto con sus padres residían en la zona norte del Risaralda, en el resguardo Embera de Riosucio, es una zona selvática rica en madera, y con alto potencial minero. La riqueza natural del territorio había atraído a varios grupos armados que se disputaban el dominio de la zona, así los paramilitares y guerrilleros de las FARC-EP en conflicto utilizan las escuelas, puestos de salud, viviendas civiles, casetas comunales y lugares sagrados como sitios para acampar. Los indígenas debían soportar lo constantes enfrentamientos entre estos bandos, además de vejámenes directos a la población como el desplazamiento, el asesinato de líderes indígenas, explotación minera ilegal, entre tanto el centro del conflicto fueron los indígenas.

A la edad de 13 años Ana Yatari es reclutada forzosamente por el frente segundo de las FARC-EP, y fue trasladada al departamento del Chocó. Fue separada de su familia, su comunidad, de su cultura ancestral, para unirse al conflicto armado y obedecer a la organización a la que se vio obligada a pertenecer. Dentro de sus 12 años la militancia, fue partícipe de crímenes tales como extorsión, despojo de tierras y, finalmente, en Noviembre del 2016, siguiendo las órdenes del comandante directo, asesina a un líder espiritual Jaibaná de la comunidad Embera Wounaan del Chocó; pues este se había opuesto en reiteradas ocasiones

a la exhibición de vallas publicitarias de la guerrilla de las FARC en las zonas indígenas.

Los alguaciles de los Cabildos logran atrapar Ana Yatari, dos sus compañeros escapan. Ana Yatari es amarrada con cuerdas ajustadas, a manera de esposas, y encerrada preventivamente en el hasta el juicio con el Cabildo Mayor de los resguardos. Días después de culminarse la investigación de los hechos, inicia el juicio ante toda la comunidad a cargo de la Reunión de Autoridades Indígenas Zonal. Amarrada a una silla escuchaba la reconstrucción de los hechos, afirman los líderes que el asesinato de guías espirituales desarmoniza sus territorios ancestrales. Luego de esta inversión se definiría el correctivo (los fuetazos o latigazos) o la sanción (desde trabajos forzados a “penas en calidad de guardados”, o cárcel) correspondiente.

Una vez escuchada Ana Yatari, y la familia del Jaibaná asesinado, la Reunión de Autoridades Indígenas Zonal concluye que el castigo por asesinar a un Jaibaná, de forma intencional y sin que mediara venganza, era de 20 años. No obstante, Ana Yatira fue registrada dentro de la lista entregada en Enero del 2017 por la FARC-EP de combatientes que se acogían al acuerdo de paz, y comparecen ante la justicia transicional.

Al observar este caso se ve la necesidad de que haya una articulación y cooperación adecuadas. Lo anterior pues a la luz de la JEP, puede haber reducción de pena de la conducta cometida, atendiendo a las posibilidad de la narración de la verdad sobre los hechos, la posición de la excombatiente en las FARC-EP y lo dispuesto en la Ley 1820. También cabe destacar que, debido a la posición de la víctima en el pueblo indígena, el caso trae consigo repercusiones más allá de la muerte de la persona. Estas repercusiones afectan la vida comunitaria y son daños y, como tales, deben ser tenidos en cuenta y reparados.⁶⁰

Al momento de investigar, juzgar y ejecutar la decisión producto del juicio de la JEP sobre esta causa, se pone en riesgo el efectivo ejercicio de derechos básicos del pueblo en su conjunto; la cooperación evita la concreción de este riesgo. Lo hace garantizando el derecho a la verdad específico del pueblo indígena, en tanto permite que la investigación se haga teniendo en cuenta los deseos y preocupaciones del pueblo. Esto es de especial importancia en el caso mostrado pues la legitimidad de la sentencia es la base sobre la cual se podrán sanar las heridas

⁶⁰ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. Auto 004 del 26 de enero de 2009. M.P Manuel José Cepeda Espinosa. Referencia: Protección de los derechos fundamentales de las personas y los pueblos indígenas desplazados por el conflicto armado o en riesgo de desplazamiento forzado, en el marco de la superación del estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T-025 de 2004, después de la sesión pública de información técnica realizada el 21 de septiembre de 2007 ante la Sala Segunda de Revisión.

espirituales y culturales. Y es esa clave espiritual y cultural lo que garantiza la capacidad legitimadora de la verdad obtenida en el proceso.

La coordinación también garantiza que la reparación de los daños sea integral pues es el diálogo el que permitirá al juzgador entender la dimensión y alcances del daño y, por tanto, las reparaciones a las que haya lugar. Entendiendo que los daños causados en este caso tiene una dimensión especial, que cobra sentido en un cosmogonía particular, el diálogo con esta cosmogonía es necesario para que las heridas sean reparadas. Protege además el sustrato de los derechos garantizados en la Justicia Especial Indígena, en tanto que el diálogo es un momento en el que la voluntad del pueblo indígena será escuchada y tenida en cuenta al momento de la ejecución de estas actividades. Esto es de especial importancia pues, en últimas, garantiza la vigencia de los derechos constitucionales de los pueblos indígenas, aunque se trate de una inaplicación del artículo 246.

Conclusiones

De todo lo anterior podemos concluir varias cosas. En primer lugar, el escenario de justicia transicional implica la flexibilización de principios y normas procesales en búsqueda del paso de la guerra a la paz. Entendemos además que esta flexibilización está determinada por la ideología que la inspira y por los fines que le llevan adelante. Es también visible que esta flexibilización da lugar a la puesta en riesgo de ciertos derechos garantizados mediante instituciones procesales.

Observamos también que en el caso de justicia transicional colombiano se da una posible violación de derechos fundamentales de los pueblos indígenas. Estos derechos son garantizados y se desarrollan en el marco de la JEP que perdería la posibilidad, a priori, de conocer de ciertos casos de conflicto armado. Esto en virtud de lo dispuesto en los artículos 6 y 10 transitorios del Acto Legislativo 01 de 2016.

Vemos como la aplicación no concertada de este artículo significa un escenario de conflicto entre los pueblos indígenas y la sociedad mayoritaria. Este conflicto es dañino e innecesario, pues es común el deseo de la instauración de una justicia restaurativa con miras a la construcción de paz. Con miras a evitar este conflicto se recomienda el ejercicio de los mecanismos de articulación y cooperación contenidos en el reglamento de JEP, que se erigen como el mecanismo adecuado para la garantía de los derechos de los pueblos indígenas y la construcción de una paz estable y duradera.

Esto permite concluir que, en el caso concreto, el hecho de que la JEP avoque el conocimiento no va en detrimento del derecho fundamental a la JEP, sino que, lo importante es la articulación y coordinación entre ambas jurisdicciones que

permita establecer concertadamente la forma y oportunidad en que se traslade la competencia de dichos casos. En la medida en que se genere un auténtico dialogo interjurisdiccional, se constituirá una garantía para los pueblos indígenas por cuanto se implementaran figuras que maximizan su autonomía en la toma de decisiones a los procesos en cuestión y, permiten la integración de sus sistemas normativos o de justicia, y la cosmovisión y espiritualidad indígena en un genuino escenario intercultural.

Referencias bibliográficas

Doctrina

CALAMANDREI, Piero. *Instituciones del Derecho Procesal Civil*. 1° Edición. Buenos Aires: Ediciones jurídicas de América y Europa, 1973.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal. Tomo 1: Teoría General del Proceso*. Decimoquinta edición. Bogotá: Editorial Temis.

DURSTON, John. “Los pueblos indígenas en la modernidad”. En: *Revista Cepal*. 51. Santiago de Chile, 1993.

ELSTER, Jon. *Rendición de cuentas: La justicia transicional en perspectiva histórica*. Buenos Aires: Katz Editores. 2006, p. 247.

ESQUILO, *Las Euménides*. Montevideo, 1998, p. 15.

GALAIN PALERMO, Pablo. ¿Justicia de transición?. 1° Edición. Madrid: Tirant to blanch Editorial. 2016, p. 36.

HERNÁNDEZ REYNA, Miriam. “Sobre los sentidos del “multiculturalismo” e “interculturalismo””. En: *Revista de Sociedad, Cultura y Desarrollo Sustentable*. Mayo – agosto, 2007. Vol.3, n. 2., pp. 413.

LAUDAN, Larry.. “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”. En: *DOXA, Cuadernos de filosofía del Derecho*, 28, 2005, p. 96.

MASCIOTRA, Mario. “Los Poderes-Deberes del Juez en el proceso civil”. En: *Revista Jurídica Primera Instancia*. enero-junio, 2015. No. 4, p. 101.

MORA, Diana Fernanda. *Bases Conceptuales de la Jurisdicción Especial Indígena*. Bogotá: Universidad Javeriana. 2003.

NIEVA, Jordi. “Cosa Juzgada: el fin de un mito”. En: *Revista Peruana de Derecho Constitucional*. No 9, pp. 113-134.

PÉREZ SAUCEDA, José & ZARAGOZA HUERTA, José. “Justicia Restaurativa: Del Castigo a la Reparación”. En: *Entre libertad y castigo: dilemas del Estado Contemporáneo*. N°1. 2012. Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 639-654.

RIVAS, Adolfo. *Teoría General del Derecho Procesal*. Lexis Nexis, Buenos Aires. 2007, p. 314. Citado por: MASCIOTRA, Mario. “Los Poderes-Deberes del Juez en el proceso civil”. En: *Revista Jurídica Primera Instancia*. enero-junio, 2015. No. 4, p. 100.

ROJAS BETANCOURTH, Danilo. *Cosa juzgada, justicia transicional y justicia contencioso administrativa: una justificación de su relativización*. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. 2017, pp. 571-586.

TARUFFO, Michele. “Investigación judicial y producción de prueba por las partes”. En: *Rev. Derecho (Valdivia)* Vol 15. Diciembre, 2003, pp. 205-213 [online]. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-09502003000200010&script=sci_arttext

SEMPER, Frank. “Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”. En: *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. Ciudad de México, UNAM, 2006.

SURRALLEÉS, Alexandre. *Tierra Adentro: territorio indígena y percepción del entorno*. Copenhague, IWGIA, 2004.

TARUFFO, Michele. “Tres observaciones sobre “por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, de Larry Laudan”. En: *DOXA, Cuadernos de filosofía del Derecho*, 28, 2005, p. 115.

TEITEL, Ruti G. *Transitional Justice*. 1° Edición. Oxford: Oxford University. 2000.

UPRIMNY Yepes, Rodrigo. *Justicia transicional en perspectiva comparada: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano*. Bogotá, 2016, Corporación de Derecho Justicia y Sociedad, Dejusticia

UREÑA, Belén.. “La verdad de los hechos como conditio sine qua non de una decisión judicial justa en el pensamiento de Michele Taruffo”. En: *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, vol. XLIX de 2016, núm. 146. Universidad Nacional Autónoma de México, p. 284.

WALSH, Catherine. “Interculturalidad y (de)colonialidad: Perspectivas críticas y políticas”. En: *Visão Global Joaçaba*. Junio- diciembre, 2012. v. 15, n. 1-2, p. 73.

Jurisprudencia

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Barrios Altos c. República del Perú*. 2001

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. Auto 004 del 26 de enero de 2009. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Referencia: Protección de los derechos fundamentales de las personas y los pueblos indígenas desplazados por el conflicto armado o en riesgo de desplazamiento forzado, en el marco de la superación del estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T-025 de 2004, después de la sesión pública de información técnica realizada el 21 de septiembre de 2007 ante la Sala Segunda de Revisión.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-139 del 9 de abril de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Expediente No. D-1080

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-228 del 3 de abril de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión. Sentencia T-728 del 5 de septiembre de 2002,. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Expedientes acumulados T-593713 y T-594894.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-1238 del 12 de diciembre de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Expediente T-706811.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. Sentencia T-617 del 5 de agosto de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Expediente T-2.433.989.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP 9243 del 28 de junio de 2017. M.P.: Eugenio Fernández Carlier. Radicado: 47119.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Consejo de Estado, Sección Cuarta. Radicado 19001-23-33-0002017-00216-01 fechado 19 de octubre de 2017. Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez.

Normatividad

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio C169 Sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), artículo 13.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Congreso de Colombia. Acto Legislativo 01 del 4 de abril de 2017. Art. 1° Transitorio.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Congreso de Colombia. Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016.

REPÚBLICA DE COLOMBIA & FARC. Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz estable y duradera. 24 de noviembre de 2016.