

EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE COSA JUZGADA PARA LA RELEVANCIA DE LA  
JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA FRENTE A LA PREVALENCIA DE LA JURISDICCION  
ESPECIAL DE PAZ\*

---

Semillero de Derecho Procesal  
Universidad Tecnológica del Chocó "Diego Luis Córdoba"

*Karool Andrea Arias Fuentes, Wendy Vanessa Rueda Sánchez,  
Yinny Teresa Maturana Gamboa, Durley Blandón Perea,  
Luís Alberto Rivas Mosquera, Andrés Francisco Mena Romaña,  
Deisy Johanna Caicedo Sambony, Wilson Antonio Murillo Rengifo,  
Liliana Marcela Mercado Mosquera, Jesús Orlando Moreno Lozano*

Director del semillero: *Gilbert Stein Vergara Mosquera*

### Resumen

La tensión procesal que surge entre la jurisdicción especial para la paz y la jurisdicción especial indígena respecto al juzgamiento de los victimarios miembros de las comunidades indígenas que como máximos responsables perpetraron actos violatorios de los derechos humanos y de infracción al Derecho internacional humanitario, como resultado de acciones revolucionarias tendientes a lograr un cambio en el ordenamiento

---

\* Artículo inédito de investigación

Artículo inédito. Recibido el 8 de septiembre de 2018 – Aprobado el 17 de diciembre de 2018.

Para citar el artículo: ARIAS FUENTES, Karool Andrea; RUEDA SÁNCHEZ, Wendy Vanessa; et ad. Excepción al principio de cosa juzgada para la relevancia de la Jurisdicción Especial Indígena frente a la prevalencia de la Jurisdicción Especial de Paz. *Revista de Derecho Procesal Contemporáneo – ICDP*. No. 7, Julio - Diciembre de 2018. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 175-200.

Este artículo es la base de la ponencia presentada por los autores en el XIX Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho - Nivel Pregrado, que se realizó en el marco del XXXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal, celebrado el 5, 6 y 7 de septiembre del 2018, en la ciudad de Cali.

\*\* Los autores son estudiante de la Universidad Tecnológica del Chocó "Diego Luis Córdoba" y hacen parte de su Semillero de Derecho Procesal.

constitucional y legal vigente, hace necesaria la creación de una fórmula que acompañe ambos sistemas de juzgamiento, sin que se violenten los principios cada uno orienta. Para ello en este trabajo se propone una estrategia o solución que permita destrabar el conflicto de competencia que se suscita entre ambas jurisdicciones, sin olvidar que si bien una es prevalente, también es transitoria y que la otra es particularmente especial, por su tradición ancestral, cuyo reconocimiento fue el producto de muchas luchas y reivindicaciones.

De conformidad con la constitución política de 1991, *"Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional"*.<sup>1</sup>

Este precepto superior faculta a tales autoridades para que a través de su justicia y con base en sus propias normas conforme a su cosmovisión cultural, social y económica, puedan juzgar a los miembros de su comunidad que hayan cometido un delito o infrinjan las normas comunitarias.

No obstante como consecuencia de encontrarnos en un contexto de justicia transicional donde se pretende garantizar en la mayor medida posible la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la garantías de no repetición como pilares establecidos en el marco jurídico para la paz<sup>2</sup> y en ese sentido el hecho de que los indígenas sean juzgados por su jurisdicción, dada la particularidad de sus tradiciones, eventualmente puede implicar la imposibilidad de garantizar y satisfacer estos derechos, que son eje fundamental del Sistema Integral de Verdad, Justicia y Reparación, para el logro de una paz estable y duradera, se hace necesario determinar un mecanismo que permita integrar los pilares de la justicia transicional, garantizando a su vez, los principios de la justicia indígena, que tienen que ver entre otros con su autogobierno, identidad, tradición y conservación cultural. Ese mecanismo sólo sería posible implementarlo, mediante la aplicación de la excepción al principio de cosa juzgada, a fin de permitir cuando a ello hubiere lugar, reabrir investigaciones y decisiones en firme contra máximos responsables de delitos atroces, permitiendo que sean revisadas por la JEP, para una vez más ser falladas por le JEI.

---

<sup>1</sup> Constitución política de Colombia art: 246

<sup>2</sup> Marco Jurídico Para la Paz, Acto legislativo 01 de 2012

**Palabras clave:** Justicia transicional, jurisdicción, especial, indígena, cosa juzgada, conflicto de competencia, conservación cultural, responsabilidad internacional, control de convencionalidad.

## Abstrac

The procedural tension that arises between the special jurisdiction for peace and the special indigenous jurisdiction over the trial of perpetrators members of the indigenous communities who, as the main responsible parties, perpetrated acts that violate human rights and infraction of international humanitarian law, as a result of revolutionary actions tending to achieve a change in the current constitutional and legal order, it is necessary to create a formula that will accompany both judging systems, without violating the principles each one guides. For this purpose, a strategy or solution is proposed to unlock the conflict of competition that arises between both jurisdictions, without forgetting that although one is prevalent, it is also transitory and that the other is particularly special, due to its ancestral tradition, whose recognition was the product of many struggles and demands. In accordance with the political constitution of 1991, "The authorities of indigenous peoples may exercise jurisdictional functions within their territorial scope, in accordance with their own rules and procedures, provided they are not contrary to the Constitution and laws of the Republic. The law will establish the forms of coordination of this special jurisdiction with the national judicial system. "This superior precept empowers these authorities so that through their justice and based on their own norms according to their cultural, social and economic cosmovision, they can judge the members of their community that have committed a crime or violate community norms. However, as a result of being in a context of transitional justice where it is intended to guarantee as much as possible the satisfaction of the victims rights to truth, justice, reparation and guarantees of non-repetition as pillars established in the framework legal for peace and in that sense the fact that indigenous people are judged by their jurisdiction, given the particularity of their traditions, may eventually imply the impossibility of guaranteeing and satisfying these rights, which are the fundamental axis of the Integral System of Truth, Justice and Reparation, for the achievement of a stable and lasting peace, it is necessary to determine a mechanism that allows integrating the pillars of transitional justice, guaranteeing in turn, the principles of indigenous justice, which have to do among others with their self-government, identity, tradition and cultural preservation. This mechanism would only be possible to implement, through the application of the exception to the res judicata principle, in order to allow when it would be necessary to reopen investigations and firm decisions against those responsible for atrocious crimes, allowing them to be reviewed by the JEP, to once again be failed by the JEI.

## Introducción

La dinámica histórica de las comunidades indígenas ha estado condicionada en gran medida por las acciones del Estado y en especial los estragos del imperio español.

En la era global es difícil comprender el impacto que pudo tener tanto para los pueblos indígenas como para los europeos del siglo XV el hecho de encontrarse literalmente, con un "Nuevo Mundo", poblado de seres humanos con costumbres desconocidas y cubierto por una naturaleza exorbitante: la irrupción de lo ajeno, lo del otro resultaba de una alteridad inesperada que exigía ser comprendida, categorizada e incorporada al sistema de pensamiento occidental.

En la práctica de ese entonces, se impuso un sistema de dominación territorial en cabeza de los conquistadores, quienes se arrogaban el derecho de imponer trabajos, obligaciones y castigos a los recién encontrados indígenas. Este fue, el punto de partida de la catástrofe demográfica y cultural que representó el dominio español, cuyas causas se encuentran entre otras en el desplazamiento forzado de grandes masas poblacionales a trabajar hasta la muerte en apartadas regiones mineras incluyendo las temibles minas de plata de Mariquita, con la consiguiente fragmentación familiar y destrucción de las premisas fundamentales del orden cultural preexistente; y, sobre todo, las enfermedades, las altas densidades poblacionales de los pueblos americanos en el siglo XV permitieron un vehículo veloz de transmisión para enfermedades tan mortales como la viruela, la rubiola, la peste bubónica, la malaria, el cólera, el dengue, la influenza, entre otras, que arrasaron con la mitad de dicha población como los Aztecas o los Incas, y en Colombia como los Quimbaya o los Zenú.

Dichas circunstancias persistieron hasta las guerras de independencia, que marcaron una transición conceptual profunda en la representación y las políticas desplegadas por el Estado respecto de los indígenas. Como lo que se buscaba construir era una República, conformada por individuos libres e iguales en consonancia con los postulados de la Revolución Francesa y de los Derechos del Hombre, se buscó eliminar cualquier rezago colonial que obstruyese el pasaje de todos los ciudadanos de la nación a la calidad de individuos efectivos, ello al menos en teoría, reconociéndoles Derechos como la parcelación de los territorios, salarios para los indígenas que ejercían una labor como retribución de la misma, título colectivo, derecho a tener una familia entre otros.

Sin embargo desde las guerras de independencia hasta la regeneración, la posición liberal era la de terminar rápido con las comunidades indígenas, porque constituían una forma de organización social contraria al completo desarrollo del individuo y al progreso, favoreciendo el mestizaje; y la posición conservadora era mantener al indio separado en su resguardo donde existiera tranquilamente, confiando la redención de esta "raza

inferior" a la iglesia, para que poco a poco se incorporara a la civilización y así se depurara la raza nacional.

Cómo olvidar que a partir de los años 60, el país fue testigo de una creciente movilización indígena, en torno a la reivindicación de su identidad y de sus derechos. Inicialmente asociada a las luchas campesinas que sacudían a Colombia, la organización indígena pronto se independizó, en 1.971 se conformó el Consejo Regional Indígena del Cauca, primera organización de su estilo. El CRIC, se puso en circulación incluso un periódico: "Unidad indígena".

De manera casi concomitante, se comenzaron a crear otras organizaciones regionales: el Consejo Regional Indígena del Vaupés (CRIVA) y el del Tolima (CRIT), y al poco tiempo, fue creada la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC). Hoy en día, hay un poco más de 34 organizaciones indígenas regionales, coordinadas por la ONIC.

En estas condiciones, la reivindicación de la identidad indígena a través de la movilización y organización nacionales, han constituido no tanto el regreso a unas tradiciones pasadas, sino la instrumentalización de la identidad étnica, en respuesta a los retos impuestos por el mundo exterior sobre sus comunidades. Al constituirse en el canal de acceso de los individuos a la participación política, y al darles un espacio de protección social, económico y espiritual, la identidad étnica, y la comunidad que sustenta, se convierten así en un actor social dotado de especial fuerza simbólica y política.

En todo caso, la suficiente como para haber logrado una representación importante en la Asamblea Nacional Constituyente, y haberse garantizado no solo la participación en el órgano legislativo, sino también la especial protección del Estado desde su formulación constitucional y la garantía del respeto por la conservación de su tradición y su cultura.

De otra parte, el artículo transitorio 1° del acto legislativo 01 de 2017 creó el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición compuesto entre otros mecanismos y medidas, por la Jurisdicción Especial para la Paz; órgano encargado de investigar, juzgar y sancionar preferente sobre todas las demás jurisdicciones y de forma exclusiva, las conductas cometidas con anterioridad al 10 de diciembre de 2016, por causa y con ocasión del conflicto armado, a quienes participaron en el mismo, respecto de conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los Derechos Humanos.

Los objetivos generales de esta nueva instancia judicial son satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia; ofrecerles verdad a ellas y a la sociedad colombiana y lograr su reparación. Objetivos que quizá no podrían garantizarse ante la jurisdicción indígena por

ausencia de mecanismos idóneos o falta de interés para lograrlo, hipótesis en la cual se activa la competencia de la JEP para actuar, adoptando las medidas jurídicas que permitan subsanar tales deficiencias, pero en últimas respetando la autonomía de la JEI.

## 1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

La configuración e implementación del paradigma del Estado Legislativo de Derecho, y por consiguiente el derrocamiento del mismo y la iniciación de un Estado constitucional de derecho a partir de la época de 1945 conocida especialmente por la terminación de lo que se llamó la segunda guerra mundial, trae consigo el fin del imperio de legalidad para reemplazarlo por el de supremacía constitucional, permitiendo así arribar a lo que se ha llamado la constitucionalización del derecho, de esta manera lo que anterior a ello se denominaba como carta política siendo esta un instrumento meramente organizacional de las tres ramas del poder público y de la sociedad jurídicamente organizada llamada Estado, pasaba a ser carta política y norma jurídica, ello quiere decir que además de tener una función puramente organizacional en si era norma con mandamientos axiológicos directos que resultaban ser de obligatorio cumplimiento (valores y principios constitucionales).

Sin duda alguna ese gran avance de la ciencia jurídica del derecho en el ramo constitucional permitió el ensanchamiento de los derechos, libertades y garantías de los súbditos de los Estados que fueron proclamados desde los tiempos de Jon Luke y Montesquieu en los años de 1789, pasando por el Estado de Bienestar hasta nuestros tiempos en Colombia con la Constitución de 1991 que adoptó el modelo de Estado Social y de Derecho<sup>3</sup>, y que en sentencia C-406 de 1992 con ponencia del doctor Ciro Angarita Barón; nuestra Corte Constitucional lo definió como aquel que satisface y permite el uso y goce de los derechos de los coasociados en calidad de derechos y no de beneficencia.

En ese orden de ideas es imperdonable en este estudio científico pretermitir resaltar que uno de los derechos más anhelados para los Colombianos ha sido el de la paz, aquel derecho que ha sido cercenado, vulnerado y desconocido para todos los nacionales sin importar su raza, creencias o condición económica, con especial vulneración para los ciudadanos de a pie, miembros de grupos étnicos llámese comunidades negras, grupos ron o gitanos y las comunidades indígenas también llamados aborígenes, destacando estos últimos que por su asentamiento en los territorio con mucha más anterioridad que los demás grupos existentes y reconocidos en nuestro Continente Americano especialmente en Colombia desde los años de 1985 han venido sufriendo de graves, constantes y selectivas vulneraciones a los derechos humanos y graves violación al derecho internacional humanitario.

<sup>3</sup> Derecho Procesal Constitucional, Eduardo Andrés Velandia Canosa 2016.

Respecto a los hechos que configuran violaciones a los derechos humanos y graves violaciones al derecho internacional humanitario el Estado Colombiano ha sido en repetidas ocasiones condenado por Organismos Internacionales, un claro ejemplo son los casos de la masacre Ituango VS Colombia, y la masacre de mapiripan VS Colombia, ambos casos fallados por la Corte Interamericano de Derechos Humanos, en el marco de la competencia que otorgó nuestro Estado sustentado en el artículo 93 constitucional.<sup>4</sup>

Así entonces, inexorable hablar de paz, post conflicto y víctimas, sin abordar en primera medida la llamada JUSTICIA TRANSICIONAL, entendida como aquella que hace referencia a todo proceso de conversión tendiente a transformar de manera radical un orden social y político que ha atravesado de forma muy marcada épocas de violencia o desestabilización de su democracia, concepto de justicia que se enfrenta a la necesidad de encontrar una estrategia o solución que permita ofrecer una salida al dilema que surge entre las obligaciones de un estado en garantizar tanto la paz como la justicia, sin que se vean mermados ninguno, además esta justicia de transición está en la obligación de garantizar la eficacia de las responsabilidades internacionales en razón a la ratificación de convenios, tratados, declaraciones u otros instrumentos de Derecho Internacional Público, que en el caso en concreto suponen la necesidad y responsabilidad estatal de investigar, individualizar y castigar a los máximos responsables de crímenes atroces que atenten contra la armonía del orden constitucional, estabilidad y legalidad de un estado de derecho en su fase ultima denominado ESTADO SOCIAL DEMOCRATICO Y DE DERECHO hoy CONVENCIONALIZADO, pues de manera ulterior a la segunda guerra mundial surge la necesidad a raíz de la existencia del derecho internacional público de la universalización de la obligación en la sanción de crímenes atroces que se solidifica con la creación del estatuto de roma y consecuentemente la Corte Penal Internacional<sup>5</sup> junto a otros cuerpos normativos internacionales.

La ONU ha sido enfática en remarcar que la causa que genera el conflicto en un país se presenta principalmente por la violación de los derechos económicos, sociales y culturales provocados en la gran mayoría de ocasiones por acciones u omisiones de los Estados. En esa misma línea desde el punto de vista doctrinal encontramos una clasificación de la justicia transicional precisando que esta categorización depende del momento histórico y el contexto donde se dieron las sucesivas y sistemáticas violaciones de derechos humanos, desde el punto de vista esquemático estos se dividen en tipos básicos, y se da en función de la forma como cada estado solucione las exigencias antagónicas entre

---

<sup>4</sup> Constitución Política de Colombia artículo 93

Corte Constitucional sentencia C- 406 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón.

Corte Interamericana caso la masacre Ituango VS Colombia, y la masacre de mapiripan VS Colombia.

<sup>5</sup> Torregrosa Giménez, " Paz y Justicia Dilema en Colombia, Noviembre de 2012, Pg. 15

justicia y paz, es decir se pueden clasificar según el contenido sustancial y el procedimiento a través del cual se diseñó.<sup>6</sup>

Hoy nuestro país se encuentra en un gran desafío por la obligación de garantizar en el mayor nivel posible los derechos de las víctimas y de igual forma poder ofrecer incentivos atractivos a los victimarios permitiendo así una eficaz desmovilización y reinserción social de los grupos armados ilegales, retos que han sido insuficientes en razón a que en aspectos tan álgidos y preponderantes como lo son las reparaciones integrales a las víctimas existen grandes contradicciones debido a que al día de hoy el 93% de ellas que se supone son el centro del proceso de paz, no han sido indemnizadas bajo el pretexto Estatal de falta de capacidad presupuestal, sin dejar de mencionar que esta reparación no simplemente supone una indemnización sino además la adopción de una serie de medidas integrales que le permita a las víctimas recobrar su dignidad humana como individuos miembros de un estado social de derecho, medidas que fueron establecidas en la ley 1448 de 2011 y en el acuerdo de paz como lo son la rehabilitación, restitución y garantías de no repetición.

Precisamente por la gran importancia que tienen los derechos de las víctimas, nuestro proceso investigativo viene enfocado en el análisis del vacío jurídico relacionado con la competencia para la judicialización de los victimarios miembros de los grupos armados ilegales pertenecientes a las comunidades indígenas que no han sido juzgados a la luz de la ley, la doctrina constitucional, el control de convencionalidad, la jurisprudencia de Tribunales internacionales y recomendaciones supra constitucionales. De tal modo que la JEP cumpla con su labor, y a su vez se logre garantizar la autonomía de los pueblos indígenas, pues nuestra carta le otorga la facultad a las comunidades aborígenes de que juzguen a sus miembros de conformidad con sus usos, costumbres y tradiciones, supeditado a los procedimientos particulares que para esos fines se establecen.

Sin embargo en vista de que nos encontramos en un marco de justicia transicional donde como resultado de un conflicto armado interno se perpetraron diversidad de conductas violatorias de bienes jurídicos de alta relevancia y de manera específica ante la responsabilidad internacional impuesta por los sistemas jurídicos transnacionales frente a lo cual, el estado debe garantizar el efectivo juzgamiento de los violadores de los preceptos en el orden interno e internacional aunado al hecho de la necesidad de garantizar por lo menos la verdad como uno de los ejes fundamentales de la justicia transicional establecidos por JOINET, pretendemos resolver el dilema pero con el propósito real de alcanzar una paz estable y duradera.

---

<sup>6</sup> Uprimmy Yepes, "Justicia transicional en perspectiva comparada: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano" [https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi\\_name\\_recurso\\_53.pdf](https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_53.pdf).

Planteamiento del Problema: ¿Cómo lograr una efectiva cohesión entre la Justicia Especial para la Paz y la Justicia Especial Indígena, que en sacrificio del principio de cosa juzgada garantice los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación sin que la prevalencia de una jurisdicción desconozca los principios de autonomía, autogobierno e identidad cultural de la otra?

Como quiera que en un escenario en el que se configure la cosa juzgada material, estamos promoviendo una revisión por parte de los órganos de la JEP a las decisiones adoptadas por la JEI frente a la investigación, juzgamiento y sanción a los indígenas integrantes de los grupos armados al margen de la ley que sean máximos responsables de delitos de lesa humanidad, procedemos a explicar cómo sería posible y cuál es la verdadera justificación legal y constitucional que, dentro del marco de la justicia transicional, sustente tal propuesta.

## 2. CONCEPTO DE GRUPOS ÉTNICOS

Un grupo étnico es una comunidad determinada por la existencia de ancestros y una historia en común. Se distingue y reconoce por tradiciones y rituales compartidos, instituciones sociales consolidadas y rasgos culturales como la lengua, la gastronomía, la música, la danza y la espiritualidad entre otros elementos. Los integrantes de un grupo étnico comparten entre ellos una carga simbólica y profundidad histórica. Ente estos grupos podemos resaltar y mencionar en grandes rasgos por su asentamiento en Colombia a los Pueblos y Comunidades Indígenas, Comunidades Negras o Afrocolombianas, Comunidad Raizal y los Pueblos Rom o Gitanos<sup>7</sup>.

## 3. DERECHO A LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA

La Asamblea Nacional Constituyente de 1991 instauró el escenario a través del cual se reconoció a los pueblos indígenas como sujetos políticos, el derecho a determinar libremente sus destinos. Dicho reconocimiento en la práctica ha resultado una verdadera utopía, en la medida en que han sido las Altas Cortes las que por vía jurisprudencial se han ocupado de delimitar el alcance y contenido de estos derechos a partir de una verdadera intromisión que si bien puede resultar legítima, limita a los pueblos indígenas su facultad de establecer con libertad sus destinos y que de manera sutil va perturbando su identidad y autonomía en la medida en que se impone una cosmovisión desde la arista de terceros extraños a la realidad de su tradición cultural.

### 3.1. Antecedentes Legales Relacionados Con Este Derecho

---

<sup>7</sup>[http://www.culturarecreacionydeporte.gov.co/es/areas-de-trabajo/practicas\\_culturales/grupos-étnicos](http://www.culturarecreacionydeporte.gov.co/es/areas-de-trabajo/practicas_culturales/grupos-étnicos).

El legislador del siglo XIX en la ley 89 de 1890 incorporó una norma que facultó a los cabildos indígenas para sancionar algunas conductas de los miembros de sus comunidades. El artículo 5 de dicha ley establecía: *"Las faltas que cometieren los indígenas contra la moral, serán castigadas por el Gobernador del Cabildo respectivo con penas correccionales que no excedan de uno o dos días de arresto"* Esta norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-139 de 1996, por considerar que la misma resultaba contraria a los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en la Carta Política vigente, pues no puede limitarse a que la autoridad encargada de aplicar la sanción sea necesariamente el gobernador, ya que dicha autoridad depende de la forma de organización de cada grupo y el término de la sanción, igualmente de los usos y costumbres de cada comunidad. Por ello el alto tribunal expresó: *"La Corte no encuentra una justificación razonable para limitar la diversidad étnica impuestas por el artículo 5 de la Ley 89 de 1890, en relación con la autoridad competente y el contenido de la sanción, motivo por el cual declarará la inconstitucionalidad de dicha disposición"*.

### 3.1.2. Elementos Esenciales de Este Derecho<sup>8</sup>

De acuerdo con la jurisprudencia Constitucional, se ha establecido que los elementos centrales de la jurisdicción especial indígena, contenidos en el art. 246 de la Carta Política son cuatro: i) La existencia de autoridades propias de los pueblos indígenas, ii) La potestad de estas autoridades para establecer normas y procedimientos propios a los miembros de su colectividad en sus territorios, iii) La sujeción de dicha jurisdicción y normas a los principios de la Constitución y las leyes y v) La coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional. También ha precisado el alto Tribunal que los dos primeros elementos constituyen el núcleo de la autonomía otorgada a las comunidades indígenas, el cual, tiene un alcance no sólo jurisdiccional sino también legislativo por cuanto prevé la posibilidad de creación de "normas y procedimientos"; y los otros dos elementos conforman los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas en el contexto del ordenamiento nacional.

La coordinación de la JEI implica facilitar la determinación de la competencia de autoridades indígenas y no indígenas frente a los casos en que cada una deba conocer, atendiendo lo establecido en la Constitución y en las Leyes. La jurisprudencia de la Corte Constitucional, frente a la coordinación entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción nacional ha establecidos que siempre deben respetarse el principio de la diversidad étnica y cultural y simultáneamente armonizar con las disposiciones de la Carta Política.

<sup>8</sup> Conforme la jurisprudencia de la Corte Constitucional los dos primeros componentes hacen parte del núcleo de autonomía del derecho, es decir la existencia de autoridades propias y su potestad de establecer normas y procedimientos; y, los componentes de sujeción a la Constitución, las leyes y la coordinación, tienen relación con el ordenamiento nacional C-139:1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz).

### 3.1.3. Alcance De Aplicación De La Jurisdicción Especial Indígena

La jurisdicción especial indígena no sólo se restringe a hechos en los que por diferentes circunstancias miembros de pueblos indígenas se involucren en situaciones de carácter punible, aplica también a otros asuntos de carácter administrativo, ambiental, educativo y de salud, por ejemplo. En general, este derecho tiene un alcance amplio que faculta a sus autoridades para actuar en otros ámbitos de la vida política, administrativa y jurídica relacionados con sus asuntos internos, frente a la comunidad y su territorio.

### 3.1.4. Límites a la Jurisdicción Especial Indígena

Los límites de la jurisdicción especial de acuerdo con el artículo 246 de la C.P son los siguientes:

- a) Las facultades jurisdiccionales de las autoridades indígenas se realizan conforme a sus propias normas y procedimientos. b) Las normas y procedimientos no deben contrariar los principios y disposiciones Constitucionales y legales vigentes. Es decir, que los límites de esta particular potestad de administrar justicia, están determinados por los principios y derechos de carácter superior que emanan del sistema legal vigente. En relación con este aspecto, la Corte Constitucional en varias sentencias ha establecido que el debido proceso, la vida e integridad personal, son derechos superiores, por lo tanto se constituyen en límites al ejercicio de esta justicia especial.

### 3.5. Normas En Materia De Protección Jurídica A Las Comunidades Indígenas Desde La Visión Local E Internacional

Los esfuerzos del Estado Colombiano y la comunidad internacional en reconocerles derechos a las comunidades indígenas son significativas, entre esos esfuerzos resaltamos los siguientes cuerpos normativos:

Constitución Política de 1991, artículo 7, 246.

El Convenio Nro. 107 y la Recomendación Nro. 104 sobre la protección e integración de las poblaciones indígenas y tribales. Esos fueron los primeros instrumentos jurídicos internacionales creados específicamente para proteger los derechos de las poblaciones cuyos estilos de vida y cuya existencia estaban entonces, como ahora, amenazados por las culturas dominantes”.

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre pueblos indígenas y tribales de países independientes, buscando revisar y actualizar el Convenio 107 de 1957, el cual se constituye en el único instrumento internacional que protege a dichos pueblos.

Este convenio se fundamenta en el derecho a la igualdad de derechos entre los pueblos y el resto de la población y en el respeto por su cultura e instituciones.

Ley 21 de 1991, por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ª. Reunión de la Conferencia General de la O.I.T, Ginebra 1989.

Sentencia T-515 de 2006, proferida por la Corte Constitucional, se hace referencia a las reglas para garantizar identidad cultural de indígena procesado por la jurisdicción ordinaria.

Sentencia T-921 de 2013, proferida por la Corte Constitucional, establece parámetros o reglas en materia de privación de la libertad de indígenas.

Acto Legislativo N° 1 del 04 de abril de 2017, Congreso de Colombia, Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones.

Sentencia T-921 de 2003 M.P JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, trata acerca de los elementos de la jurisdicción indígena, límites al ejercicio de la jurisdicción indígena y los principios que pueden ser aplicados para la solución de casos relacionados con conflictos o tensiones entre la normatividad ordinaria o nacional y la normatividad de cada una de las comunidades indígenas.

Sentencia C-139/96 M.P. Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ que examina la constitucionalidad de los artículo 1, 5 y 40 de la ley 89 de 1890.

Sentencia T-605 de 1992 de la Corte Constitucional M.P EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, se refiere al derecho a la paz, la protección al principio de diversidad étnica y cultural.

Los decretos 1396 y 1397 de 1996, crea la Comisión de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas, la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación de los Pueblos y Organizaciones Indígenas.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por la Ley 74 de 1968.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por la Ley 74 de 1968.

Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, ratificada por la Ley 22 de 1981.

Convención Americana de Derechos Humanos, Artículo 21 reconoce el derecho a la tierra y la propiedad comunal.

Decreto 1088 de 1993, por el cual se regula la creación de las asociaciones de cabildos y/o autoridades tradicionales indígenas.

Ley 649 de 2001, derechos políticos de las comunidades indígenas.

Los citados instrumentos, junto con otros que acompañan el interés universal por la protección e inclusión social de los grupos minoritarios y el establecimiento de una igualdad real, consagran y desarrollan los principios, objetivos, herramientas e instituciones de gestión, que deben ser tenidos en cuenta por los estados para lograr el fin propuesto de garantizar la diversidad e integridad en de los pueblos y comunidades indígenas.

#### 4. JUSTICIA TRANSICIONAL Y SUS ANTECEDENTES

Entre los antecedentes de la justicia transicional más conocidos en el mundo tenemos la creación del tribunal ad hoc de Nuremberg que surgió como la herramienta o mecanismo para el juzgamiento de los nazis durante el periodo de la segunda guerra mundial en 1945, un holocausto cometido en contra de los judíos y gitanos, que conllevó a que algunos países se vieran en la necesidad de firmar un tratado internacional que a su vez creó un tribunal especial para juzgar dichos crímenes, según la historia desde aquí se empieza a edificar el concepto de justicia transicional,<sup>9</sup> además se considera que fue la apertura a la creación del derecho internacional humanitario en el sentido de que a partir de allí ningún estado podría violar los derechos universales de los individuos sujetos a su jurisdicción fuere en tiempos de guerra o de paz.<sup>10</sup>

También encontramos otros antecedentes de justicia transicional como en el caso de Ruanda en donde se consolidó un tribunal, pero a diferencia del Tribunal de Núremberg en esta época ya existía un derecho internacional estructurado y más o menos funcional, relacionado con el convenio de ginebra de (1949) el tratado contra el genocidio (1948) y el tratado contra la tortura y otros tratos crueles e inhumanos. Cabe resaltar que el Consejo de Seguridad de la ONU crea el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) a través de la resolución 955 del 8 de noviembre de 1994 con el propósito de castigar el

<sup>9</sup> Torregrosa Giménez, " Paz y Justicia Dilema en Colombia, Noviembre de 2012, Pg. 18

<sup>10</sup> (Huhle, 2001; 28)

genocidio y otras graves violaciones de derechos humanos y el derecho internacional humanitario cometidos en esta época.

Otro suceso histórico que generó gran impacto a nivel global fue la creación del Tribunal para la antigua Yugoslavia, que nació en razón de las guerras desarrolladas por países como Bosnia, Croacia, Montenegro, Kosovo etc. Su división causó un conflicto que generó más de 100.000 mil muertos por parte de Bosnia y más de 2 millones de desplazados; razón por la que el consejo de seguridad de la ONU a través de la resolución 827 del 25 de mayo de 1993 crea este tribunal ya que Bosnia representaba un peligro evidente para los otros países, sin embargo las hostilidades entre Bosnia y Croacia continuaban, lo que creó la necesidad de la intervención de otros organismos internacionales que permitieran que las diferencias políticas, sociales, económicas y religiosas de estas naciones no se resolvieran de forma bélica.<sup>11</sup>

Es menester resaltar que en América latina de igual forma se han desarrollado diversos procesos de justicia transicional como en el caso de Argentina, Chile, Uruguay y Guatemala los cuales sufrieron un quebrantamiento de sus democracias como consecuencia de un conflicto armado que generó graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. Estos países salieron avantes en sus procesos de transición bajo la adopción de una serie de mecanismos judiciales y extrajudiciales tendientes a poder lograr materializar una paz real.

La historia ha marcado que las sociedades que afrontan transiciones en América latina han adoptado herramientas judiciales para el proceso de juzgamiento de los perpetradores de crímenes de lesa humanidad como son los tribunales especiales de paz, es así como en nuestro trabajo investigativo evaluamos la forma como operan estos modelos de justicia especial para el logro de la paz, frente a otras jurisdicciones existentes en el plano nacional y que fueran reconocidos con anterioridad como sucede en Colombia con la JUSTICIA ESPECIAL INDIGENA.

## 5. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y SUS PILARES

Según el artículo 1 de la Constitución, Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

---

<sup>11</sup> Cuervo B, Molina P, Torres D, Casallas A, Rodríguez J, "Orígenes y fundamentos de la Justicia Transicional, Marzo 2014) Pg. 126-131, Obtenido en <http://comunidad.udistrital.edu.co/revistavinculos/files/2015/02/Origen-y-fundamentos-de-la-justicia-transicional.pdf>.

De acuerdo a la Sentencia T-149 de 2002 de la Corte Constitucional, el Estado de Derecho con énfasis en lo social, se adoptó como forma de Estado para Colombia en el que añade al Estado liberal, los derechos sociales fundamentales, pone en cabeza de las autoridades públicas precisos deberes a favor de grupos y personas en condiciones de debilidad manifiesta y establece fines sociales al Estado tendientes a alcanzar diversos objetivos que permitan la realización de los derechos constitucionales y los deberes sociales de todos los colombianos, (artículo 2º, Constitución Política).

Esta misma Corte ha reafirmado, que ésa disposición no es simple retórica, que en verdad debe establecer medidas que favorezcan a los grupos que por su situación económica física o mental, se hallen en una condición de vulnerabilidad expresa.

Tal como lo indicó ese alto tribunal en la Sentencia SU-747 de 1998, el modelo de Estado Social de Derecho en Colombia debe proceder, para “contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales.” Para que esto sea posible es necesario que desde las instituciones públicas se impulsen medidas para mejorar las condiciones de vida del conjunto de la ciudadanía.

Un Estado Social de Derecho además de respetar la legalidad, respeta y protege la pluralidad y los derechos de los ciudadanos, es reconocido como aquel estado garantista debido a que le permite a sus coasociados satisfacer sus necesidades y el desarrollo de cada uno de sus prerrogativas en condiciones de igualdad y progresividad, basados en el principio de la dignidad humana.

Por ello, sin duda alguna uno de los pilares fundamentales del Estado Social Derecho es la realización de los derechos, principios y valores que nuestra constitución reconoce. Nuestro Estado Colombiano a pesar de los más de 50 años que sufrió de luchas y conflictos internos armados ha hecho los esfuerzos necesarios para la materialización de los fines del constituyente primario, una clara muestra es la materialización de principios como el de diversidad étnica y cultural sustentado en el artículo 7 de la constitución Política de 1991, y el establecimiento de una JURISDICION ESPECIAL, que reconoce la potestad de los pueblos indígenas de recurrir a sus autoridades e instancias internas para dar solución a las controversias que se generen dentro de sus territorios, así como a la facultad de tomar decisiones, juzgar y ejecutar hechos de acuerdo con sus normas tradicionales.

De manera que el constituyente de 1991 otorgó un reconocimiento expreso a los pueblos nativos de esa etnia para que a la luz de principios propios de sus comunidades, administraran justicia para asegurar sus costumbres y sobre todo la integridad de sus

territorios, así tal cual como lo puede hacer la justicia ordinaria, administrativa y constitucional, cuyos máximos órganos son la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional respectivamente.

Justamente igual que las otras existentes dentro de la rama judicial del poder público, esta jurisdicción es autónoma y sobre todo legítima en la medida en que se encuentra inserta en el texto constitucional de manera precisa, pero sobre todo por ser un reconocimiento manifiesto del constituyente que quiso darle más autonomía, inclusión, independencia y preponderancia al principio de auto gobierno en este grupo minoritario del Estado.

Sin embargo en el marco de un proceso de paz en el que se crea una Jurisdicción Especial para ese fin, que integra el sistema integral de verdad, justicia y reparación previsto en el acuerdo sellado en noviembre de 2017, ideada para juzgar a guerrilleros que se suscriban y dejen las armas, a agentes estatales que hayan cometido delitos “en el contexto y en razón del conflicto armado” y a los civiles que sin formar parte de algún grupo armado tuvieran “una participación activa o determinante” en la comisión de delitos de lesa humanidad y graves crímenes de guerra, podría presentarse una eventual tensión o conflicto de competencia con la JUSTICIA ESPECIAL INDIGENA, respecto de delitos cometidos por miembros de grupos aborígenes que hayan hecho parte de organizaciones guerrilleras y que en virtud de esa pertenencia, hayan cometido crímenes de lesa humanidad<sup>12</sup>.

Más aún si se tiene presente que aunque en razón del acuerdo de paz, todos los guerrilleros y milicianos serán amnistiados por la comisión de delitos políticos o conexos, como rebelión, porte ilegal de armas o uso privativo de uniformes militares, entre otros, no son amniables los crímenes de lesa humanidad, como ataques sistemáticos o generalizados contra la población civil; crímenes de guerra, es decir, infracciones al Derecho Internacional Humanitario (DIH); genocidio o graves violaciones a los derechos humanos, como tortura, secuestro, desplazamiento forzado, reclutamiento de menores o violencia sexual, siendo obligatorio investigarlos, juzgarlos y sancionarlos sin importar quienes fueren sus responsables.

Es aquí donde surge la necesidad de establecer, en caso que miembros de la etnia indígena tengan la condición de máximos responsables de estos delitos no obstante la prevalencia de la JEP cual jurisdicción sería su juez natural, para que dicha prevalencia aun activada, no constituya un abuso y una intromisión en los asuntos de la justicia indígena.

---

<sup>12</sup> Camargo Solano, Álvaro: Conflicto de Competencia entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria en el marco de justicia transicional colombiana 2017.

## 6. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La gran mayoría de los estados americanos consignan en sus constituciones disposiciones normativas tendientes a consolidar la noción de soberanía nacional, principio de autodeterminación de los pueblos e inclusive el de libertad de configuración legislativa, sin embargo con la universalización de los derechos humanos surge el imperativo de poder garantizar en el mayor nivel posible los derechos fundamentales de las personas, razón por la cual se estructura un derecho internacional público que a su vez trae una serie de subdivisiones en donde encontramos el de derecho internacional de los derechos humanos.

Al respecto, nuestro país ha adoptado diversidad de normatividades internacionales dentro del derecho interno, donde reconoce la vigencia y aplicabilidad de esas normas dentro de su legislación, y por ende como lo establece Oswaldo Gozaini la incorporación a un sistema jurisdiccional supone contraer una serie de obligaciones provenientes de la misma convención o pacto frente a el debido respeto y garantías de las normas internacionales<sup>13</sup>.

En ese sentido, de manera particular Colombia ha ratificado dentro de su derecho interno la convención americana de los derechos humanos y por ende reconoce la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es decir todas las actuaciones realizadas por el Estado deben realizarse con plena observancia de los cánones jurídicos convencionales y la jurisprudencia que en torno al pacto de San José haya proferido el tribunal internacional. Dicha observancia se cristaliza a través de una figura jurídica denominada CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, El surgimiento del trascendental concepto en un principio pasó, relativamente, inadvertido. El término fue utilizado por primera vez de forma aislada en varios de los votos del ex Juez y ex Presidente de la Corte IDH Sergio García Ramírez. En esas primeras referencias, se definía al control de convencionalidad como un ejercicio que la Corte IDH realizaba "al analizar la complejidad del asunto, verificando la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención debiendo explorar las circunstancias de jure y de facto del caso." En esta primera concepción, el control de convencionalidad se refiere esencialmente a la competencia de la Corte IDH para conocer y decidir un caso aplicando la Convención Americana, tanto en los hechos como en el derecho de cualquier asunto que se le presente y en el cual sea competente<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Gozaini O, "" Control de convencionalidad y Margen de Apreciación,

<sup>14</sup> Corte IDH, Voto del Juez Sergio García Ramírez en el Caso López Álvarez vs. Honduras.

En esta concepción, la labor de control o en este caso, de aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se da en el mismo Tribunal Interamericano. La Corte Interamericana tiene esta función desde su mismo origen y fundación a partir de lo dispuesto por la Convención.

La noción del control de convencionalidad (tradicional o básica), en principio concentrada en un tribunal internacional, se ha visto complementada con una concepción “transnacional”, en donde el acatamiento y aplicación de la Convención Americana y su interpretación por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se configura, en palabras del Juez Interamericano Eduardo Ferrer Mac-Gregor, como un “control judicial interno de convencionalidad”<sup>15</sup>.

El momento histórico en donde este salto se da es el Caso Almonacid Arellano vs. Chile, resuelto el 26 de septiembre de 2006.<sup>16</sup> Esta sentencia se inscribe en la línea de varios fallos de la Corte IDH en casos de leyes de auto amnistía, donde se resolvió sobre la invalidez del decreto ley que dejaba en la impunidad los crímenes de lesa humanidad en el periodo comprendido de 1973 a 1979 de la dictadura militar de Augusto Pinochet, debido a que dicho decreto resultaba incompatible con la Convención Americana careciendo de “efectos jurídicos” a la luz de dicho tratado, pero no va a ser sino hasta el caso Trabajadores cesados del congreso vs Perú donde se ofrece un espectro más amplio frente al contenido y significado del concepto de control de convencionalidad con fundamentos claros y concretos<sup>17</sup>.

Es por ello que no podemos dejar de resaltar la influencia del derecho internacional en el marco de desarrollo de nuestro trabajo investigativo, pues nos orienta sobre el influjo de los cuerpos normativos transnacionales y los sistemas jurisdiccionales que Colombia ha reconocido.

Y en esa conexión debemos remitirnos a los precedentes establecidos por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos que ha determinado el alcance de los derechos de las comunidades indígenas no solo por la protección convencional sino además por la necesidad de reivindicación de comunidades que han sido vulneradas a través de la historia, lo que hace de las normas que reconocen derechos a ellas, normas *de ius cogens*, razón por la cual el sistema interamericano tutela y reconoce la diversidad cultural de los pueblos indígenas tribales y demás, obligando a los estados a respetar las

<sup>15</sup> Véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. “El control judicial interno de convencionalidad”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales, Fundap, 2012, pp. 211- 243.

<sup>16</sup> Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 123 a 125.

<sup>17</sup> CIDH Caso trabajadores cesados del congreso vs Perú

particularidades que distinguen a estos pueblos o comunidades de la sociedad civil; protección regional y transnacional que afianza la necesidad de que indistintamente de quien ostente la facultad jurisdiccional de juzgar a los victimarios miembros de las comunidades indígenas llámese JEP o JEI se logre garantizar que el proceso de juzgamiento se adelante respetando los derechos consagrados en el ordenamiento jurídico colombiano a estas poblaciones como el derecho a la subsistencia, el derecho a la preservación, la conservación, entre otros. Esta responsabilidad tiene sus fundamentos en principios del derecho como *pacta sum servanda*, seguridad jurídica y confianza legítima.

## 7. VALORES PRINCIPIOS Y REGLAS CONSTITUCIONALES

Según la sentencia T-406 de 1992 de la Corte Constitucional Colombiana, M.P. CIRO ANGARITA BARON, los valores, los principios y las reglas se definen y distinguen entre sí de conformidad con lo siguiente:

Los *valores* representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico, pueden tener consagración explícita o no; lo importante es que sobre ellos se construya el fundamento y la finalidad de la organización política.

De este tipo son los valores de convivencia, trabajo, justicia, igualdad, conocimiento, libertad y la paz plasmados en el preámbulo de la Constitución. También son valores los consagrados en el inciso primero del artículo 2 de la Constitución en referencia a los fines del Estado: el servicio a la comunidad, la prosperidad general, la efectividad de los principios, derechos y deberes, la participación, etc. Todos ellos establecen fines a los cuales se quiere llegar. La relación entre dichos fines y los medios adecuados para conseguirlos, depende por lo general, de una elección política que le corresponde preferencialmente al legislador.

No obstante, el carácter programático de los valores constitucionales, su enunciación no debe ser entendida como un agregado simbólico, o como la manifestación de un deseo o de un querer sin incidencia normativa, sino como un conjunto de propósitos a través de los cuales se deben mirar las relaciones entre los gobernantes y los gobernados, para que, dentro de las limitaciones propias de una sociedad en proceso de consolidación, irradian todo el entramado institucional.

Los *principios* Constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de

ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. Son principios constitucionales, entre otros, los consagrados en los artículos primero y tercero: el Estado social de derecho, la forma de organización política y territorial, la democracia participativa y pluralista, el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general (artículo 1); la soberanía popular y la supremacía de la Constitución (artículo 2). Ellos se refieren a la naturaleza política y organizativa del Estado y de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados. Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser.

Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden. Los valores, en cambio, expresan fines jurídicos para el futuro; son la mira que jalona hacia el orden del mañana.

Los valores son normas que establecen fines dirigidos en general a las autoridades creadoras del derecho y en especial al legislador; los principios son normas que establecen un deber ser específico del cual se deriva un espacio de discrecionalidad legal y judicial. La diferencia entre principios y valores no es de naturaleza normativa sino de grado y, por lo tanto, de eficacia. Los principios, por el hecho de tener una mayor especificidad que los valores, tienen una mayor eficacia y, por lo tanto, una mayor capacidad para ser aplicados de manera directa e inmediata, esto es, mediante una subsunción silogística. Los valores, en cambio, tienen una eficacia indirecta, es decir, sólo son aplicables a partir de una concretización casuística y adecuada de los principios constitucionales.

De manera similar, la diferencia entre principios y reglas constitucionales no es de naturaleza normativa sino de grado, de eficacia. Las normas, como los conceptos, en la medida en que ganan generalidad aumentan su espacio de influencia, pero pierden concreción y capacidad para iluminar el caso concreto<sup>18</sup>.

Las reglas en cambio son "las disposiciones jurídicas en las que se define, en forma general y abstracta, un supuesto de hecho y se determina la consecuencia o consecuencias jurídicas que se derivan de la realización del mismo; una disposición, pues, derechamente construida para regular u ordenar de forma directa la vida humana y la realidad social. Es decir, virtud de esta estructura lógica, las reglas operan como

---

<sup>18</sup> Sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón, Corte Constitucional.

silogismos". En ese sentido la regla puede ir más allá de la norma legislada, y un juez puede derivarla de su estudio, o derivar de la relación que establezca entre distintas reglas, una o varias subreglas a base de inferencia lógica.

Las reglas suelen tener la estructura de un mandato. Incluso las normas que establecen opciones u otorgan potestades a los individuos para dar forma a sus relaciones jurídicas, a través de contratos o actos que garantizan la autonomía de la voluntad, establecen disposiciones que, si bien no ordenan ni sancionan, consagran la eficacia o ineficacia, según el caso, de los actos realizados. En conclusión, las reglas son normas que exigen su pleno cumplimiento, es decir, que sólo pueden ser cumplidas o incumplidas. Las reglas son aplicables en la forma de "todo o nada" y, en principio, suelen identificarse con la norma escrita, ya sea esta ley o reglamento. La regla es, entonces, una norma jurídica general que se aplica a una situación concreta y específica.<sup>19</sup>

## 8. PRINCIPIO NON BIS IN IDEM Y COSA JUZGADA

### 8.1. Replanteamiento de su inmutabilidad

El artículo 29 de nuestro estatuto superior establece que "El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. (...)

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho". Subraya el semillero.

A su vez el artículo 8° del Código Penal prescribe que "a nadie se le podrá imputar más de una vez la misma conducta punible, cualquiera sea la denominación jurídica que se le dé o haya dado, *"salvo lo establecido en los instrumentos internacionales"*, excepción que, lejos de contravenir los dictados del canon 93 de la ley fundamental que estipula la prevalencia de los tratados internacionales sobre derechos humanos, se ajusta a los mandatos constitucionales que reconocen la posibilidad de interacción del derecho internacional con el derecho interno, bajo ciertas condiciones (arts. 9, 226 y 227 y de la C.P.).

---

<sup>19</sup> <https://agendamagna.wordpress.com/2010/02/02/principio-valor-regla-y-derecho/>

A la luz del pacto de san José de Costa Rica, el artículo 8, inciso 4, establece que “el inculpado absuelto por sentencia en firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos:

Por su parte la ley 906 de 2004 en su artículo 21, al reglamentar este principio estableció: *“Cosa juzgada. La persona cuya situación jurídica haya sido definida por sentencia ejecutoriada o providencia que tenga la misma fuerza vinculante, no será sometida a nueva investigación o juzgamiento por los mismos hechos, salvo que la decisión haya sido obtenida mediante fraude o violencia, o en casos de violaciones a los derechos humanos o infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario, que se establezcan mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia<sup>20</sup>”*. Subraya el semillero.

En efecto, si bien diferentes pactos y tratados internacionales<sup>21</sup> reconocen la garantía mínima fundamental a no ser juzgado ni sancionado por un hecho punible respecto del cual ya se ha sido condenado o absuelto de conformidad con la ley, principio cuya efectividad está garantizada por el canon 29 superior, lo cierto es que la exigencia cada vez más grande de una justicia ecuménica, orientada a reprimir comportamientos que afecten bienes de gran interés y valía para toda la humanidad, ha llevado a los Estados a replantear la inmutabilidad de ciertos axiomas, entre ellos el de la cosa juzgada y, por ende, el del *non bis in ídem*.

Al respecto en la Sentencia C-554/01, se expresó:

“Hecho el anterior recorrido, la Corte no puede hacer otra cosa que aceptar la validez constitucional de la excepción regulada en el artículo 8° del Código Penal, que consagra la prohibición de doble incriminación, puesto que nada se opone a que el legislador haya dispuesto que dicha garantía no opere en los casos previstos en los instrumentos internacionales que comprometen al Estado colombiano, excepción ésta que según se expresó, guarda correspondencia con el postulado de la jurisdicción universal que es de observancia imperativa conforme a lo prescrito en el artículo 9° de la Carta Política.

La razón es clara: así como en el ordenamiento interno militan razones para morigerar el rigor del *non bis in ídem*, la protección de la soberanía y la seguridad nacional, es comprensible que a nivel internacional las naciones del mundo, inspiradas en la necesidad de alcanzar objetivos de interés universal como la paz mundial, la seguridad de toda la

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> Declaración Universal de los derechos Humanos (arts. 8, 10 y 11); Pacto de San José (art. 8), aprobado por la Ley 16 de 1972; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 9, 14, 15 y 26), aprobado por la Ley 74 de 1968; Convención sobre los derechos del niño (art. 42), aprobada por la Ley 12 de 1991; Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (art. 32), aprobado por la Ley 35 de 1961; Convención contra la Tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanas o degradantes (arts. 6 y 7), aprobado por la Ley 70 de 1986; Convenios I, II, III y IV de Ginebra, aprobados por la Ley 5ª de 1960; Protocolos I y II Adicionales, aprobados por la Ley 11 de 1992.

humanidad y la conservación de la especie humana, cuenten con medidas efectivas cuya aplicación demande la relativización de la mencionada garantía, lo que constituye un motivo plausible a la luz de los valores fundamentales que se pregonan en nuestra Constitución Política, asociados a la dignidad del ser humano”.

Es decir que si bien la vigencia del principio del non bis in idem supone la inmutabilidad e irrevocabilidad de la cosa juzgada, esto no significa de modo alguno que este postulado tenga carácter absoluto, puesto que la efectividad de los valores superiores de la justicia material y de la seguridad jurídica hacen necesaria la existencia de excepciones a la cosa juzgada.

Es todo lo anterior, lo que justifica que a fin de garantizar los derechos de las víctimas y la conservación de las tradiciones ancestrales de las comunidades indígenas, aun en contexto de una justicia transicional, la Jurisdicción Especial para la Paz, pueda reabrir investigaciones y decisiones ejecutoriadas contra máximos responsables de delitos de lesa humanidad, para ser revisadas y de encontrar que vulneran las garantías de justicia, verdad, reparación y no repetición, asuma la competencia inmediata, le imparta el trámite respectivo y adopte la decisión que corresponda y devuelva la actuación a la JEI para que sea la que emita el nuevo fallo.

## CONCLUSIONES

La Corte constitucional en sentencia del 14 de noviembre de 2017 declaró la inexecutable del inciso segundo del artículo 9 del acto legislativo 01 de 2017 debido a que violentaba derechos fundamentales de las comunidades indígenas como la consulta previa. El tribunal constitucional fundamentó su decisión en los siguientes argumentos:

- 1). El régimen de justicia transicional violaba el principio de independencia judicial esto debido a que supone la intromisión de la JEP en las decisiones que adopte la JEI.
- 2). En el artículo transitorio 9 del artículo 1 del acto legislativo en mención se establece que el conflicto de competencias sea resuelto por el presidente de una de las jurisdicciones lo que constituye un claro quebrantamiento al principio de Imparcialidad, aspecto fundamental en la concepción tripartita de los poderes públicos en Colombia, concluyendo la corte con la necesidad de que estos asuntos sean resueltos por los mecanismos generales que la constitución y la ley establece.<sup>22</sup> De esa misma forma la corte en la sentencia T 515-06, es enfática en remarcar la necesidad de garantizar la identidad cultural de los indígenas procesados por una justicia distinta a la JEI.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Corte Constitucional. Expediente RZP-003 – sentencia C-674/2017 noviembre 14 M.P Luis Guillermo Guerro Pérez. 2017

<sup>23</sup> Sentencia T515-16. Corte Constitucional

En esta sentencia se reafirma la obligación de los operadores judiciales de juzgar a los miembros de estas comunidades atendiendo a una serie de tradiciones culturales y formas de comportamiento peculiares, no podemos desconocer que la corte constitucional ha brindado un amplio margen de interpretación frente a los derechos de estas comunidades étnicas inclusive en la sentencia T-921 de 2013 consigna los criterios mediante los cuales los indígenas podrán gozar del fuero especial que los cobija, es decir de ser juzgados por su comunidad, estos criterios son 1) la autorización previa de la máxima autoridad de la comunidad donde este pone de manifiesto su compromiso en el efectivo cumplimiento de la pena en relación al condenado, y 2) que dicha comunidad cuente con las condiciones físicas para que el cumplimiento de la pena sea en circunstancias de dignidad y sobre todo que la purgación de la misma sea real.<sup>24</sup>

Con base en lo anterior, por encontramos en un proceso de post conflicto, resulta imperativo como estudiosos del derecho y sobre todo como individuos activos de una sociedad que clama por la paz, buscar senderos de solución al problema jurídico planteado, referente a cómo lograr una efectiva cohesión entre la Justicia Especial para la Paz y la Justicia Especial Indígena, que garantice los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación sin que la prevalencia de una jurisdicción desconozca los principios de autonomía, autogobierno e identidad cultural de la otra autoridad.

Para lograr cohesionarlas sin que ninguna resulte sacrificada, existe la necesidad de una integración jurisdiccional a través de un proceso de articulación constante que apareje y verifique que los bienes jurídicos reconocidos en nuestro ordenamiento no se vean mermados a la hora de su aplicación.

Es eso lo que esta investigación pretende conciliar debido a que promulgamos a todas luces el respeto de la cosmovisión, el auto gobierno, la autonomía cultural y todos pilares de la justicia indígena, por ser el producto de los logros y las conquistas de estos pueblos, cuyo desconocimiento implicaría una reversa en el reconocimiento de su independencia y su evolución como organización política.

PROPUESTA:

Siendo que la paz no es un privilegio de unos pocos sino un derecho de todos, y que para alcanzarla debemos ceder pretensiones y prerrogativas, expresión del pluralismo presente en la Carta, del reconocimiento de la autonomía de los pueblos indígenas y de la diversidad étnica y racial, por cuanto dicha autonomía y dicha Jurisdicción se enmarca dentro de los límites de la Constitución y de la ley; para efectos de lo dispuesto en el Acuerdo de Paz y su marco legal", atendiendo que lo que se busca con la JEP no es el establecimiento de un sistema de justicia permanente sino transitorio, para superar exitosamente la tensión jurídica planteada, desde el seno del semillero planteamos lo siguiente:

Que las decisiones de la Justicia Especial Indígena contra máximos responsables de delitos de lesa humanidad, aun las que se encuentren en firme puedan ser susceptibles de

---

<sup>24</sup> Sentencia T-921- 2013.

revisión por el Tribunal Especial para la Paz. En el escenario en el cual una vez se haga el proceso de revisión por el órgano de la JEP, de las decisiones de la JEI y se encuentre que no se cumplió por lo menos con los criterios de verdad, en aras de alcanzar un efectivo proceso de construcción de memoria histórica, como se planteó en líneas anteriores, se pueden presentar tres eventos, el primero que la sala de revisión de la JEP de asuntos preliminares examine lo actuado por la justicia indígena y de encontrarlo acertado homologue lo resuelto por esta. Segundo que verificado en sede de revisión el incumplimiento a la garantía de los derechos de las víctimas asuma la competencia inmediata, le imparta el trámite respectivo y adopte la decisión que corresponda y el tercero que, en la circunstancia anterior en caso de resultar precario el registro de lo actuado y sus antecedentes documentales que impidan resolver el asunto, devuelva la actuación a la JEI para efectos de la corrección del fallo tendiente a poder garantizar los criterios establecidos para el sistema de verdad, justicia y Reparación.

Tal atribución a la JEP, se entenderá que desconoce el principio de la cosa juzgada que guarda entre sus características la inmutabilidad, principio que ha sido decantado por nuestra doctrina constitucional, pero que también puede ser variado o modificado atendiendo los cambios políticos, económicos, sociales y de trascendencia nacional como es el caso particular colombiano en nuestros tiempos que pide paz pero enmarcada en criterios de equidad e igualdad y justicia.

No olvidemos que el principio constitucional del non bis in ídem no tiene carácter absoluto, puesto que desde la perspectiva del derecho interno existen motivos de orden superior que justifican su atenuación, cuando se trata de defender intereses de inapreciable valor para la sociedad. Y ante el momento histórico que atravesamos mucho más aún frente a delitos de tanta trascendencia como los de lesa humanidad, para lograr los retos que exige la realidad social, política y jurídica de un Estado en transición, en procura de asegurar garantías en cabeza de esa minoría étnica y a su vez alcanzar el fin último de la paz.

## BIBLIOGRAFIA

BOLETIN Nro. 6 Jurisdicción Especial Indígena (1) Defensoría del Pueblo

CIDH Caso trabajadores cesados del congreso vs Perú

Constitución Política de Colombia

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS caso Almonacid Arellano vs Chile, Sentencia 26 de septi.124embre de 2006 parr124)

Eduardo Andrés Velandia Canosa, Derecho Procesal Constitucional.

<http://www.culturarecreacionydeporte.gov.co/es/areas-de-trabajo/practicas-culturales/grupos-etnicos>

<http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/cuadernosdcho/cuadernosdcho21.pdf>

[http://www.urosario.edu.co/urosario\\_files/3a/3a3ccef9-bcde-4c21-bfcf-35cae97d5c48.pdf](http://www.urosario.edu.co/urosario_files/3a/3a3ccef9-bcde-4c21-bfcf-35cae97d5c48.pdf)

[https://www.google.com.co/search?q=caracterisstiucas+de+la+cosa+jusgada&rlz=1C1SQJL\\_esCO800CO800&oq=caracterisstiucas+de+la+cosa+jusgada&aqs=chrome..69i57j0.11091j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8](https://www.google.com.co/search?q=caracterisstiucas+de+la+cosa+jusgada&rlz=1C1SQJL_esCO800CO800&oq=caracterisstiucas+de+la+cosa+jusgada&aqs=chrome..69i57j0.11091j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8)

Ley 599 del 2000

Ley 906 de 2004

Norberto Bobbio, teoría general del derecho pág.87

Sentencia C-522/09 M.P. NILSON PINILLA PINILLA

Sentencia C-554/01 Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ