

El indígena ante el derecho penal

*Hernando León Londoño Berrío**

*Alicia Eugenia Vargas Restrepo***

"Para despojar a los indios de su libertad y de sus bienes, se despoja a los indios de sus símbolos de identidad (...). Desde los frailes y funcionarios del reino colonial, hasta los misioneros de las sectas norteamericanas que hoy proliferan en América Latina, se crucifica a los indios en nombre de Cristo: para salvarlos del infierno, hay que evangelizar a los paganos idólatras. Se usa el Dios de los cristianos como coartada para el saqueo (...).

"Los doctores del Estado moderno, en cambio, prefieren la coartada de la ilustración para salvarlos de las tinieblas, hay que civilizar a los bárbaros ignorantes. Antes y ahora, el racismo convierte al despojo colonial en un acto de justicia. El colonizado es su sub-hombre, capaz de superstición pero incapaz de religión, capaz de folclore pero incapaz de cultura; el sub-hombre merece trato sub-humano, y su escaso valor corresponde al bajo precio de los frutos de su trabajo. El racismo legitima la rapiña colonial y neocolonial, todo a lo largo de los siglos y de los diversos niveles de humillaciones sucesivas. América Latina trata a sus indios como las grandes potencias tratan a América Latina".

(EDUARDO GALEANO, *Ser como ellos y otros artículos*)

A la memoria del maestro JESÚS MARÍA VALLE JARAMILLO, un imprescindible, por la autenticidad de su lucha y la dignidad de su vida; y quien, además, reivindicaba su raíz indígena.

INTRODUCCIÓN

Las normas penales que han tenido vigencia durante gran parte de la historia de nuestra República, incluyendo el actual Código Penal, han

* Profesor de criminología y derecho penal especial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia.

** Abogada. Especialista en derecho penal de la Universidad de Antioquia.

partido siempre de la visión del mundo de la cultura hegemónica y dominante y, consecuente con ello, se han construido categorías jurídicas de explícito contenido discriminatorio para las comunidades indígenas, que son minoritarias en el territorio colombiano. Ello ha dado pábulo, entre otras cosas, al sometimiento de dichos pueblos a las vicisitudes del sistema de control punitivo de origen estatal, con lo cual se ha desconocido la existencia del derecho y de la jurisdicción indígenas, que parten de una cosmovisión que prohija valores y formas de control social, que se diferencian sustancialmente del primero.

Por esta razón, comenzamos con un breve recorrido histórico en el que describimos el régimen jurídico-penal que ha existido para el indígena en Colombia, para luego tratar de responder en qué medida el mismo ha servido como un instrumento de discriminación y de violencia. Y por ser este un estudio dogmático y político criminal, nos proponemos también aproximarnos al papel que ha jugado la doctrina, para conocer si sus teorías “científicas” son un intento por legitimar un sistema de control social servil a un proyecto de discriminación racial, o si por el contrario, los juristas se han colocado al lado de las minorías “vencidas” y han reivindicado lo justo y legítimo que resulta rendirle tributo al carácter pluricultural y pluriétnico que identifica a nuestra sociedad y que es una de sus mayores riquezas.

Además, con la expedición de la Carta Política de 1991, producto de una correlación de fuerzas que dio oportunidad a una representación de los pueblos indígenas en la Asamblea Nacional Constituyente, la cual fue minoritaria, se le reconocen a estos plurales derechos, entre los cuales se cuentan el de regirse por su propia legislación y el derecho a una jurisdicción especial. A ello se suma la creación en este mismo estatuto de la Corte Constitucional, a la cual se le confía “la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”.

Lo anterior constituye una oportunidad privilegiada para evaluar si la citada corporación, en lo que tiene relación con el derecho y la jurisdicción indígenas, ha sido guardiana de los valores y principios y derechos consagrados en la Carta, y si ha hecho de ella “norma de normas” (Const. Pol., art. 4°). En virtud de ello nos hemos dado a la tarea de estudiar los fallos que la misma ha emitido, tanto con motivo del control de constitucionalidad, como cuando ha sido máxima instancia de la jurisdicción en materia de la acción de tutela.

Toda la reflexión contenida en este ensayo, ha estado guiada por dos interrogantes: ¿Qué legitimidad puede tener una cultura hegemónica y políticamente dominante en un Estado, para obligar a las minoritarias que coexisten en el mismo territorio a someterse al control social que la primera ha creado, a partir su particular concepción de la sociedad y de su cultura? ¿Qué solución jurídica es posible construir de cuyos contenidos se pueda pregonar que respetan la democracia, la igualdad y la justicia, valores a los cuales debe servir cualquier régimen político que sea consecuente con el paradigma de Estado constitucional de derecho?

En este ensayo pretendemos dar respuesta a estos interrogantes, con humildad naturalmente, porque si algo hemos aprendido, es que el monopolio del saber o de la verdad, no es patrimonio de ninguno, o al menos, no de nosotros. Y también porque con los precarios instrumentos de nuestra disciplina, el derecho, no podemos dar cuenta cabal de la complejidad que es propia de la realidad social que estudiamos. Por tal motivo, somos plenamente conscientes de la importancia de la participación en el debate de otras disciplinas, lo cual permitirá tener una visión holística del problema y un piso más firme para las soluciones posibles y legítimas¹.

I. TRATAMIENTO PENAL DEL INDÍGENA

A) Tratamiento legislativo

1. *En vigencia de la Constitución de 1886.* La Constitución de 1886 no mencionó lo indígena en parte alguna de su texto, lo cual resultaba consecuente con el hecho de que en dicha Carta se prescribía el carácter unitario de la república y suponía la existencia de una sociedad monocultural. La filosofía política y jurídica de la cual esta Constitución era tributaria, consideraba legítimo homogeneizar cultural y políticamente a todos sus habitantes y, por tal motivo, los pueblos nativos deberían ser “aculturizados”, o lo que es lo mismo, claudicar de su cultura, lengua, territorios, formas organizativas propias, de su jurisdicción, para que poco a poco fueran integrándose a la sociedad y a la cultura para ese entonces hegemónicas.

“Protección y civilización” fueron las premisas que inspiraron la política respecto de los indígenas en este período de nuestra historia. Y en desarrollo de las mismas y ante conflictos surgidos en este contexto histórico, se promulgó la ley 89 de 1890, la cual compendia la normatividad que tradicionalmente ha constituido el eje central de la legislación indígena en Colombia. En materia penal, que es la que ahora nos interesa, los indígenas fueron clasificados en “salvajes”, “indígenas en transición a la vida civilizada” y los reducidos a la vida civil. Esta clasificación obedeció a un proceso de subvaloración de las culturas, lo que se mantuvo por mucho tiempo y llevó a los gobiernos a la institucionalización de la discriminación racial², porque el Estado colombiano se negaba a reconocer, como hecho político y jurídico, la existencia de sociedades y pueblos que en su historia y en sus manifestaciones concretas no correspondían a lo que se podría denominar “el mundo occidental”³.

¹ Del mismo criterio, GLADYS YRURETA, *El indígena ante la ley penal*, Caracas, Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1981, pág. 8.

² La sent. C-139 de 1996, magistrado ponente doctor Carlos Gaviria Díaz, declaró inexecutable los artículos de la ley 89 de 1890, que trataban a los indígenas como “salvajes” y que ordenaban su reducción.

³ GLADYS JIMENO SANTOYO, destaca como deficiencias más significativas de la ley 89 de 1890, las siguientes: a) justificó la política asimilacionista del Estado basada en la convicción de la superioridad de la cultura occidental; b) facilitó el establecimiento de esclavos en el proceso de colonización en, o en el

En el Código Penal de 1936 no se hizo una expresa regulación del tratamiento jurídico penal del indígena. Lo cual sí acontece con el Código Penal de 1980, en el que de nuevo se supone una base cultural común a todos y de conformidad con ello se prescribe la aplicación del mismo para toda persona que lo infrinja en el territorio nacional (art. 13)⁴.

Este Código, para dar solución al conflicto que representa la violación de la ley penal por parte de los indígenas, procede a diferenciarlos: de una parte, los que han sido "aculturizados", esto es, han introyectado los valores que subyacen a las normas penales, a los cuales declara responsables penalmente como imputables; del otro, los que todavía permanecen anclados a los referentes valorativos de su propia cultura y ello les inhibe conocer la ilicitud de su conducta o de determinarse de conformidad a las exigencias del derecho positivo, a los cuales los considera inimputables por "inmadurez psicológica" y los sanciona con la "medida de seguridad" de reintegro a "su medio ambiente natural" (arts. 31 y 96).

El concepto de "inimputabilidad" por "inmadurez psicológica" lo único que logra es continuar con la discriminación hacia las culturas diferentes a la "mayoritaria" y dominante, con el pretexto de contar con una supuesta base científica⁵. Además, es indudable que la inimputabilidad es tomada aquí como un juicio de descalificación, de invalidación del sujeto, convirtiéndolo en un ser inferior e incapaz⁶.

2. *A partir de la Constitución de 1991.* Con la expedición de la Constitución Política de 1991 se da comienzo a una nueva fase en las relaciones entre las minorías

interior de los territorios ancestrales indígenas, con el propósito de promover su asimilación rápida y su ascendente desaparición como pueblo; c) fundamentó la implementación de políticas encaminadas a la destrucción de lenguas, costumbres, formas de educación, justicia y producción que les ha sido característica, con lo cual negó la diversidad etno-cultural (véase a GLADYS JIMENO SANTOYO y otros (1998), *Hacia el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Concepto de la Dirección General de Asuntos Indígenas 1995-1998, Retos de la Nación Diversa*, núm. 2, Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, Santa Fe de Bogotá, pág. 177).

⁴ HERNÁN DARÍO BENÍTEZ NARANJO (s. f.), "Situación del indígena ante el régimen penal. Estado actual y perspectivas", en AA. VV., *Memorias del Simposio de Antropología Jurídica: Normas formales-costumbres legales*, Santa Fe de Bogotá, pág. 126; quien afirma: "El Código Penal de 1980 parte de una base cultural común a todos, cuya tabla de valores tiene un rango único y exclusivo, el cual es entendido por todos los que están bajo el imperio de la ley. Esto está consagrado en el art. 10 cuando dice: "La ignorancia de la ley penal no sirve de excusa, salvo las excepciones consignadas en ellas". Se supone entonces que por el solo hecho de conocer la promulgación de la ley el destinatario de la misma se halla en condiciones de evitar la vulneración del interés jurídico que la ley pretende proteger, pero para eso hay que suponer a esos destinatarios universales, sintonizados en una misma frecuencia cultural, o suponer equivale entonces a imponer".

⁵ En este sentido JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA señala: "Se recurre ahora al concepto de inimputabilidad para discriminar las culturas menores" ("La responsabilidad penal del indígena en Colombia. Entre el mundo real y un mundo posible", en revista *Jueces para la democracia*, núm. 26, 1996, Madrid, pág. 91).

⁶ Véase más sobre esto, *infra*, I.B.4.

étnicas y el Estado colombiano. Se presenta un verdadero cambio en el tratamiento del indígena, al consagrar la diversidad étnica y cultural como fundamento de la nacionalidad, al reconocer derechos fundamentales para dicho ejercicio (territorio, lengua, enseñanza, libertad de culto) y al prescribir la autonomía en la gestión de sus intereses. En el campo penal, dicha transformación se da cuando en forma explícita se reconoce la jurisdicción indígena y se le respeta a esta la competencia para juzgar los conflictos que tienen como protagonistas a los integrantes de la respectiva comunidad, de conformidad con su propio derecho⁷.

El tratamiento del indígena ha adquirido en esta Constitución un relieve que nunca tuvo en toda la historia constitucional, al consagrar principios que marcan el rompimiento radical con la anterior etapa de reducción. Esos principios son agrupables en tres:

- Principio del reconocimiento y de la protección de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (Const. Pol., art. 7°).
- El reconocimiento de la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país (Const. Pol., art. 70).
- Principio de la autonomía normativa y judicial, consagrado en el artículo 246 de la Constitución Política en los siguientes términos: "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 contrarias a la Constitución y leyes de la República".

Con lo anterior, los miembros de las distintas comunidades indígenas ya no solo son ciudadanos colombianos, y por tanto, titulares de los derechos civiles, políticos, económicos y sociales que en la Carta se consagran para todos los nacionales, sino que además son reconocidos como pueblos que tienen una cultura diferente, con derecho a existir como todas las demás. Por ello cabe decir, con SAMPEDRO ARRUBLA, que esta nueva Constitución "se convirtió en un pacto social donde los pueblos indígenas adquieren una nueva dimensión geopolítica"⁸.

B) *Tratamiento en la doctrina*

La doctrina jurídico penal relativa al indígena que mayor difusión ha tenido en los círculos académicos e institucionales de nuestro país, se caracteriza por lo siguiente: de un lado, ha sido la construida casi en forma exclusiva por personas que pertenecen a nuestro margen cultural; del otro, sus elaboraciones dogmáticas han tenido como

⁷ En idéntico sentido, JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, *Inimputabilidad y sistema penal*, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1996, pág. 262.

⁸ JULIO ANDRÉS SAMPEDRO ARRUBLA, "Aproximación a la problemática indígena en Colombia", en Año Europeo Contra el Racismo, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 11, San Sebastián, 1997, pág. 222. Véase, así mismo, las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: T-380 de 1993; T-428 de 1992; T-342 de 1994; T-496 de 1996; SU-510 de 1998.

referente casi exclusivo la legislación penal positiva contenida en los Códigos Penales. Esta situación ha variado en parte a partir de la Constitución de 1991, porque aunque continúa el predominio de doctrinantes de nuestro margen cultural, algunos de estos han prolijado los principios de pluralidad cultural y jurídica, expresamente reconocidos en el cuerpo normativo aludido y, consecuentes con ello, reivindicando la necesidad del respeto a la jurisdicción especial indígena (Const. Pol., art. 246).

En este acápite, entonces, vamos a ocuparnos de las tesis doctrinales más ampliamente difundidas en nuestro medio, las cuales sistematizamos con el fin de hacer más comprensibles, tanto los supuestos políticos y jurídicos de los cuales parten, como las observaciones críticas que consideramos válidas y pertinentes, para finalizar con una toma de posición sobre el problema que nos ocupa.

1. *El indígena como inimputable por inmadurez psicológica.* Esta tesis es la asumida por ESTRADA VÉLEZ, con fundamento en el actual Código Penal, de cuya comisión redactora hizo parte el autor. Sobre el asunto que nos ocupa, expresa:

"El Código Penal regula integralmente la materia y particularmente la actividad delictual de los indígenas y determina en el artículo 31 cuándo pueden ser declarados inimputables. De ahí que se hubiera suprimido el artículo específico para ellos que aparecía tanto en el proyecto de 1974 como en el de 1978, puesto que se consideró que el problema de los indígenas los resuelve sin dificultades, a través del concepto de inmadurez psicológica...". Esta posición la asume porque como él mismo lo ha expresado "no cabe duda de que el individuo que ha nacido y vivido en un medio cultural y social primitivo y limitado alejado de los bienes de la civilización, no posee un psiquismo maduro, desarrollo que le permita comprender en muchos casos los fenómenos que pueden suceder en un medio que contrasta violentamente con el suyo"⁹.

Suscriben la misma tesis, GIRALDO ÁNGEL¹⁰, REYES ECHANDÍA¹¹ y PÉREZ¹².

2. *El indígena como una categoría que engloba diversos supuestos y que determinan un trato diferenciado por la ley penal.* Por ser nuestro Código Penal el marco

⁹ FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *Derecho penal*, Parte general, 1ª ed., Bogotá, Edic. Librería del Profesional, 1981, págs. 273 y 274.

¹⁰ JAIME GIRALDO ÁNGEL, "Inimputabilidad penal e inmadurez Psicológica", en *Derecho penal y criminología*, núm 16, 1982, pág. 31; allí expresa: "Para los indígenas que viven en condiciones infrahumanas, lo mismo que para los miles de colombianos que están en la misma condición, opera, sin lugar a dudas, la causal de inimputabilidad por carencia de un adecuado desarrollo de su capacidad intelectual, es decir, por inmadurez psicológica".

¹¹ ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Derecho penal*, Parte general, 6ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1979, págs. 135 y 137; quien afirma que el indígena no civilizado bien puede ser considerado inimputable "... al faltarle la madurez intelectual necesaria para convivir en el medio social y al no lograr adecuar su comportamiento a las exigencias del grupo, incurre así en hechos delictivos".

¹² LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho penal*, t. II, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1989, pág. 13; en donde expresa: "Los indígenas no civilizados pueden considerarse hoy como inmaduros psicológicamente, clasificación excesivamente rígida, pero que, en definitiva, puso fin a las discusiones en torno al problema".

normativo en el cual surgen estos desarrollos doctrinarios, procedemos a indicar que la única norma que en dicho estatuto se menciona al indígena es el artículo 96, que regula las medidas de seguridad para inimputables, que en su último inciso prescribe: "Cuando se tratare de un indígena inimputable por inmadurez psicológica, la medida consistirá en la reintegración a su medio ambiente natural". Esta norma es preciso integrarla con el artículo 31 del Código Penal, el cual define el concepto de inimputabilidad¹³.

FERNÁNDEZ CARRASQUILA es del criterio que esta medida de seguridad se aplica exclusivamente a los indígenas "no civilizados", esto es, a los que pueden llegar a verse afectados de "inmadurez psicológica de origen cultural"¹⁴. Lo anterior no excluye la posibilidad de que si se dan los requisitos previstos por el Código Penal (decr. 100 de 1980), se le reconozca al indígena un error de prohibición invencible, exonerándolo de responsabilidad, o la inimputabilidad por otros supuestos (minoría de edad, trastorno mental), caso en el cual se le impondrían las medidas de seguridad prescritas en la ley (arts. 94 y 95), o se le excluiría de las mismas si la inimputabilidad tiene origen en un trastorno mental transitorio del cual no quedaron "perturbaciones mentales" (art. 33, inc. 2º).

Esta tesis la fundamenta el autor en el principio de igualdad, con el argumento de que no existen razones para que, por consideraciones raciales, se excluya al indígena de circunstancias legales que comportan exclusión de la culpabilidad o de la pena. Y el indígena que no se encuentre en los supuestos antes indicados, responde penalmente (como culpable o como inimputable), porque de lo contrario se entronizaría también un trato desigual con fundamento en la raza¹⁵.

Consideramos que el *principio de igualdad* que el autor aduce para fundamentar su tesis de que a los indígenas "civilizados" los debe juzgar la jurisdicción del Estado de conformidad con lo estipulado en el Código Penal, sirve mucho más para darle respaldo a la tesis contraria. Y hacemos esta aseveración porque la desigualdad objetiva

¹³ "Art. 31.—*Concepto.* Es inimputable quien en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental".

¹⁴ JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILA, *Derecho penal fundamental*, t. II, Bogotá, Edit. Temis, 1989, págs. 246 y 247; allí este autor afirma: "... lo que sí exige, pues, es que el indígena, para quedar sometido a tan peculiar y curiosa «medida de seguridad» (...), sea incapaz de comprender la ilicitud de sus acciones conforme al criterio del orden jurídico nacional, o incapaz de acomodarlas a las valoraciones que dicho orden impone, cuestión de hecho que habrá que acreditar caso por caso. Es algo que nada dice respecto a la capacidad concreta de los indígenas para comprender los valores de su propia comunidad o «subcultura» y dirigir su conducta de acuerdo con ellos, campo en el cual el sujeto puede desenvolverse perfectamente como «maduro». De todos modos, el juicio de inimputabilidad del indígena, que se funda en una «inmadurez» evidentemente cultural y no «psicológica», solo puede pronunciarse con base en un dictamen antropológico".

¹⁵ Véase *ibidem*, pág. 248, en donde se dice: "Lo que no puede admitirse es que la sola calidad racial de 'indígena' determine automáticamente la absolución penal por invencible 'error de prohibición' con respecto a cualquier delito, pues ya esto resulta contrario al principio de igualdad de las personas ante la ley y en definitiva se concreta en una tesis más paternalista que la del 'indígena inmaduro', y de paso deja sin protección al resto de la comunidad".

que los pueblos indígenas tienen en múltiples aspectos, hace necesario un trato especial para sus comunidades y sus culturas, y una de las formas de expresarse constitucionalmente el mismo es a través del respeto y el apoyo a la jurisdicción indígena, y a sus formas autónomas de control social¹⁶.

VELÁSQUEZ, por su parte, entiende que el concepto de "inmadurez psicológica", como causa de inimputabilidad, debe ser definido normativamente para comprender eventos de "inmadurez cultural", los cuales para él tienen mucha importancia "en sociedades pluriculturales en diversos estadios de desarrollo". Y a renglón seguido aduce que la medida de seguridad especial regulada en el artículo 96-2 está destinada al "indígena inimputable por inmadurez psicológica", esto es, indígenas que por sus especiales condiciones pueden presentar "estados de inmadurez que los tornen inimputables ante la ley penal"¹⁷. Y con insistencia anota el autor que lo anterior no significa que, por la sola condición de indígena, se considere a la persona como inmadura, como tampoco lo son los patrones culturales de su etnia o comunidad, que son tan respetables como los del resto de pobladores.

Respecto de los indígenas que no estén en las condiciones de "inimputabilidad por inmadurez psicológica", perfectamente pueden encontrarse en situaciones constitutivas de inimputabilidad por otras causas (enfermedad mental permanente o transitoria, menor de edad), y en tal evento se les aplican las medidas de seguridad especiales previstas en el Código Penal¹⁸. Y culmina su análisis lamentando que no se haya desarrollado la jurisdicción indígena, tal como la prevé la Carta Política, lo cual ha permitido la vigencia de normas que discriminan legalmente a los ciudadanos aborígenes: "Como es obvio, se está ante un capítulo más de discriminación legal con los ciudadanos aborígenes, a quienes se sigue segregando y maltratando, pese a las declaraciones de la Carta Fundamental en el sentido de que se debe desarrollar una 'jurisdicción especial' que permita a las autoridades de los pueblos nativos ejercer funciones judiciales de conformidad con sus propias normas, siempre y cuando no pugnen con la Constitución (Const. Pol., art. 246)"¹⁹.

¹⁶ Suscribe esta misma tesis, BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, cuando expresa: "... tras una larga historia de genocidio y etnocidio, de políticas de exclusión o integración impuestas, la eliminación de la discriminación no puede ser lograda a través de la mera igualdad formal frente a la ley (...), los derechos étnicos deben ser concebidos y contextualizados como derechos de pueblos y colectividades para poder proteger en forma adecuada, bajo la forma de derechos humanos, a los individuos que pertenecen a dichos pueblos o comunidades. Esta es la posición asumida por las minorías étnicas cuyo argumento es que los derechos universales no bastan y que sin disposiciones que obliguen a los Estados no solo a abstenerse de interferir en los derechos colectivos de las minorías, sino también a proveer respaldo activo al goce de tales derechos, los grupos minoritarios estarán siempre en desventaja dentro de una sociedad más amplia" (*La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Santa Fe de Bogotá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Nacional de Colombia-ILSA, 1998, pág. 158).

¹⁷ FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, Parte general, 3ª ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1997, págs. 574 y 575.

¹⁸ *Ibidem*, págs. 769 y 770.

¹⁹ *Ibidem*, pág. 770.

Lo que expresa el profesor VELÁSQUEZ, nos merece varios comentarios: en primer lugar, si el Código Penal vigente es un capítulo más del arsenal de instituciones que discriminan al indígena y que agreden sus derechos fundamentales, entre ellos el de la jurisdicción especial, de ello se infiere que la regulación que en el mismo se hace de la "responsabilidad penal del indígena", no puede ser válida desde el paradigma de Estado constitucional de derecho y a luz de los principios que son consustanciales a este modelo político. Sobre estos presupuestos lo pertinente dogmáticamente es afirmar la invalidez e ilegitimidad de las instituciones del Código Penal relativas al indígena, y no hacer un esfuerzo interpretativo que dé pábulo a su permanencia. En segundo lugar, la jurisdicción especial indígena en muchas comunidades tiene una historia de varios siglos, y la Carta Constitucional no hizo sino rendirse ante lo notorio de su vigencia y de su legitimidad, lo cual permite pregonar que aquella no requiere tanto de "desarrollo", sino más bien de respeto y apoyo por parte del Estado²⁰. Finalmente, consideramos desafortunada la alusión a sociedades con "diversos estadios de desarrollo", pues da cabida a entender que existe un solo modelo de desarrollo, respecto del cual las sociedades tienen una mayor o menor aproximación. Más apropiado resulta comprender que existen diversas concepciones de "desarrollo" en lo cultural, lo económico, lo social y político, cada uno con autonomía y legitimidad, que da lugar a plurales cosmovisiones cuya vigencia simultánea enriquece a la sociedad que las engloba.

De otro lado, sobre la perspectiva analítica asumida por estos autores, ya había hecho serios reparos VÉLEZ VÉLEZ cuando afirmó que "no se puede forzar el término de «inmadurez psicológica», propio de la psicología, hasta el punto de que llegue a convertirse en un problema cultural, ni mucho menos racial"²¹.

Además, es indudable que el Código Penal tiene una matriz etnocentrista, que minimiza la cosmovisión de las minorías indígenas por considerarla en un estado inferior a la cultura "mayoritaria" y dominante²². De tal lastre difícilmente pueden sus-

²⁰ Es pertinente señalar que las formas como se ejerce la jurisdicción indígena, ni son uniformes, ni son estáticas. Por el contrario, en cada una de las comunidades tiene una especificidad propia; y en unos casos tiene vigencia de siglos y, en otros, está en proceso de reconstrucción como forma de apuntalar su identidad. Y en lo que sí existe consenso entre los diversos pueblos indígenas, es de la necesidad de un apoyo del Estado, porque se carece de recursos y de suficiente organización para asumir plenamente sus responsabilidades. Véase sobre esto, BEATRIZ EUGENIA SÁNCHEZ, "La jurisprudencia indígena ante la Corte Constitucional", en *Observatorio de la Justicia Constitucional. Balance jurisprudencial de 1996*, Santa Fe de Bogotá, Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes-Siglo del Hombre Editores, 1998, pág. 337.

²¹ LUIS FERNANDO VÉLEZ VÉLEZ, "El problema de la inimputabilidad de los indígenas en el nuevo Código Penal", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 11, Bogotá, Edit. Temis, 1981, pág. 360.

²² Lo mismo puede decirse del proyecto de ley para reformar el Código Penal vigente, en el cual se hace caso omiso de los aportes de nuestra doctrina más calificada, así como también de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que han definido el régimen penal del indígena, a partir de las prescripciones de la Carta Política que reconocen la pluralidad cultural y jurídica, y que aceptan la plena legitimidad de la jurisdicción especial indígena. Y afirmamos esto del proyecto porque en él se insiste en calificar al indígena como inimputable, no ya por "inmadurez psicológica", sino por "desadaptación sociocultural". La etimología de las palabras usadas no deja duda de que se parte de la premisa de la existencia de una cultura y sociedad "adaptadas", que no puede ser otra que la que se expresa en el derecho positivo; las restantes expresiones culturales y jurídicas existentes en el país se les reputa inferiores y, por consiguiente, "desadaptadas".

traerse conceptos como "inimputabilidad por inmadurez psicológica", por tener las mismas fuentes de inspiración que las del Código en el cual se inscriben. De allí que todo intento de hacer construcciones doctrinales sobre conceptos con origen tan espurio, resulte la mayoría de las veces infructuoso y contraproducente, por la dificultad para establecer distancias de las raíces teóricas que los inspiraron²³.

3. *El indígena como inculpable por un problema de comprensión culturalmente condicionado* (Error de prohibición). Esta propuesta es planteada por ZAFFARONI en el sentido de considerar inculpable al indígena que "en razón de un error de prohibición invencible de su parte (...) no puede internalizar la norma en forma que pueda captar, aceptar y comprender la prohibición"²⁴.

En la doctrina extranjera adhieren a esta posición MUÑOZ CONDE²⁵ e YRURETA²⁶, en tanto que en la doctrina nacional esta tesis ha sido sostenida por BENÍTEZ, cuando plantea:

"El Indígena que delinque, en virtud de un condicionamiento cultural que no le permite detectar la antijuridicidad material del acto que realiza porque las pautas culturales internalizadas dirigen su entendimiento a otra forma de entender la realidad, no puede actuar con dolo, si por este se entiende el conocimiento valorado del hecho punible y la voluntad de su realización"²⁷.

Aunque esta posición reconoce la pluralidad jurídica, al señalar como un elemento en la determinación del error el pertenecer a una cultura diferente, se trata de una tesis con limitaciones, pues como lo afirma SOTOMAYOR ACOSTA, solo resuelve los casos de comportamientos prohibidos por el derecho positivo y permitidos por el derecho indígena, porque en los supuestos en que el comportamiento está prohibido por las dos normatividades, no se puede argumentar error de prohibición²⁸.

²³ En este mismo sentido, la sent. T-496 de 1996, en la que se rechaza el uso del concepto de "inimputabilidad" para resolver el problema de la jurisdicción competente respecto de los "ilícitos" del indígena, por considerarlo "incompatible con la filosofía de la Carta Política de 1991, que reconoce la existencia de rasgos diferenciales y particulares de las personas, no de manera despectiva o discriminatoria, sino dentro del marco de una sociedad multiétnica y multicultural, donde el reconocimiento de las diferencias contribuye al desarrollo de los principios de dignidad humana, pluralismo y protección de las minorías" (*infra*, II.A.1). Véase también, a JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, "Responsabilidad penal del indígena en Colombia...", cit., pág. 94.

²⁴ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal*, Parte general, t. IV, Buenos Aires, Ediar, 1988, págs. 199 a 206.

²⁵ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, Bogotá, Edit. Temis, 1990, pág. 148; allí nos dice: "... hablaremos de culpabilidad ante la violación de las normas penales en la medida en que el individuo haya llegado a internalizar, por medio de este proceso socializador, el contenido material de dichas normas".

²⁶ GLADYS YRURETA, *El indígena ante la ley penal*, cit., 1990, pág. 130; quien afirma: "... la solución técnica apropiada para eximir de pena a un indígena es acudir a una causa de inculpabilidad basada en falta de conocimiento de la antijuridicidad de la acción".

²⁷ HERNÁN DARÍO BENÍTEZ, *Tratamiento jurídico penal del indígena colombiano. ¿Inimputabilidad o inculpabilidad?*, Bogotá, Edit. Temis, 1988, pág. 176.

²⁸ JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, *Inimputabilidad y sistema penal*, op. cit., 1996, pág. 262; y posteriormente agrega: "Se desconocería la vigencia del derecho indígena y el pluralismo jurídico que nuestra

4. *Redefinición del concepto de "inimputabilidad" desde un marco político criminal*. Esta tesis doctrinal parte de replantear el concepto de inimputabilidad, para dotarlo de un contenido respetuoso de la dignidad humana, del principio de igualdad y del derecho de las diversas culturas a su propia cosmovisión. Entre quienes asumen esta perspectiva teórica sobresalen, en el pensamiento hispanoamericano, BUSTOS RAMÍREZ y SOTOMAYOR ACOSTA²⁹. El primero de los mencionados, afirma: "el juicio de imputabilidad o inimputabilidad no es un juicio sobre la capacidad de comprensión (del ilícito) y de actuar conforme a ella desde un punto de vista existencial, ya que ello es propio al ser humano, a su dignidad de persona, al negárselo involucra un juicio de invalidación o minusvalor que lo deja de partida incapacitado, segregado, a merced de los superiores (...), el hombre siempre actúa conforme a una determinada racionalidad, valoración (incluida la licitud o ilicitud), que puede no ser eso sí la hegemónica"³⁰.

Este planteamiento propone además que el juicio de responsabilidad no se debe fundar en el reproche al sujeto por haber actuado típica y antijurídicamente pudiendo no hacerlo sino, por el contrario, en la exigibilidad, que obliga a conocer qué tanto le era exigible a ese individuo una respuesta diferente frente a las tareas concretas que le impone el sistema³¹.

Lo anterior conlleva al tratamiento del indígena en una forma diferente al considerar que la calidad de inimputable que le atribuye la ley no se fundamenta en su incapacidad o inferioridad, sino en pertenecer a una cultura diferente³², donde el principio de igualdad material obliga a que la jurisdicción indígena sea la que conozca de los conflictos de contenido penal en los que tenga participación el indígena.

La doctrina nacional que suscribe esta perspectiva analítica constituye un esfuerzo hermenéutico encomiable para hacer coincidir las prescripciones del Código Penal de 1980, con los valores y principios de la nueva carta constitucional. De ella debemos rescatar que parte del reconocimiento de la existencia de una pluralidad de grupos

Constitución Política reconoce y protege, pues en caso de conflicto siempre prevalecerá el derecho positivo, lo cual tiende a convertir el derecho indígena en un derecho marginal y de carácter dependiente y subsidiario: dependiente, por cuanto solo se entenderá válido mientras no contradiga el derecho estatal; y subsidiario, por cuanto solo será aplicable cuando no rige el derecho positivo estatal".

²⁹ *Ibidem*, Del mismo autor, "Responsabilidad penal del indígena en Colombia...", op. cit., págs. 89 a 96.

³⁰ JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Bases críticas para un nuevo derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 109.

³¹ Significa entender: "... en primer lugar, que responsabilidad es exigibilidad y en segundo lugar, que la esencia de tal juicio lo constituye lo exigible a un sujeto concreto en una situación concreta. Lo que supone que el sistema halla proporcionado los presupuestos necesarios para que la persona tuviera a su alcance la respuesta exigida por dicho sistema" (véase JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, "Responsabilidad penal...", op. cit., 1996, pág. 94).

³² Así se han pronunciado: JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, *Inimputabilidad y sistema penal*, op. cit., 1996, pág. 263; RODOLFO STAVENHAGEN y DIEGO ITURRALDE (Comp.), *Entre la ley y la costumbre*, México, Instituto Indigenista Interamericano-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990, pág. 43; ANDRÉS SAMPEDRO ARRUBLA, "Aproximación criminológica...", op. cit., 1997, pág. 207.

culturales con autonomía en sus sistemas de valores, lo que legitima diferentes órdenes normativos y, por consiguiente, diversas formas de control social. Así mismo, suscribe una concepción del principio de igualdad cuyo contenido se corresponde plenamente con el paradigma de Estado constitucional de derecho, conforme al cual los pueblos indígenas, por su vulnerabilidad con motivo de las diversas violencias de las que históricamente han sido víctimas, merecen una especial protección, la cual debe abarcar tanto a sus autoridades, territorios, lenguas, modelos de desarrollo y sus concretas expresiones culturales, entre las cuales se encuentran sus específicas formas de resolver sus conflictos y de control social.

Tiene el mérito adicional que le suministra al juez un camino con solidez jurídica, para hacer cesar las pretensiones del sistema punitivo del Estado en contra de los indígenas, para darle paso a la jurisdicción especial, lo cual se logra por medio de la declaratoria de inimputabilidad.

5. *Tesis suscrita por los autores.* En el modelo de Estado constitucional de derecho, el carácter plenamente normativo de su Constitución obliga a que los *derechos fundamentales* consagrados en ella sean indisponibles e irrenunciables para todos los poderes que se expresan dentro de él. El poder judicial, en este modelo, tiene como obligación otorgar amparo a los derechos fundamentales y por eso debe interpretar las normas en el sentido que mejor favorezca a estos y, por ende, a la Constitución. En este modelo, la jurisdicción sufre un cambio cualitativo, cuya magistral descripción realiza PEÑA FREIRE cuando dice: "...la actividad jurisdiccional deja de ser mera interpretación y aplicación de la voluntad del legislador expresada en la ley y el poder judicial deja de ser un subalterno del legislativo (...). Frente al imperio de la ley, surge ahora el imperio de la justicia como una forma de compaginar ley y praxis jurídica con los principios y valores constitucionales. El poder judicial se convierte en el guardián del derecho en su expresión constitucional: su función será la realización del Estado constitucional de derecho"³³.

El reconocimiento constitucional de la pluralidad normativa, del cual es concreción la jurisdicción especial indígena, tiene sustento en diversos y relevantes principios y derechos fundamentales: la diversidad étnica y cultural; el carácter democrático de nuestras formas políticas; la igualdad en su prístino sentido. Y dado que la fuerza normativa de la Carta Política determina que no requiera mediación legal alguna para su eficacia, el juez puede aplicar directamente sus contenidos.

Por esa razón, el juez, en el caso colombiano, cuando verifique procesalmente que el imputado o procesado es un indígena, tiene el poder y el deber de decretar el en-

³³ ANTONIO MANUEL PEÑA FREIRE, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Edit. Trotta, 1997, pág. 233. Véase, también, a GUSTAVO ZAGREBELSKI, *El derecho dúctil*, op. cit., 1995, págs. 144 a 150. La Corte Constitucional suscribe el mismo concepto aquí expuesto. En la sent. T-406 de 1992, al abordar el concepto del *Estado social*, expresa que no es una "muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado", sino que comporta un cambio cualitativo, esto es, el surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho, cuyo concepto clave está resumido en la "pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos".

vío del proceso a las autoridades indígenas competentes para ello. No requiere que previamente declare al indígena inimputable, pues le bastarán para fundamentar su decisión las normas constitucionales que consagran la jurisdicción especial indígena. Y es preciso además que tenga siempre en cuenta que el fuero indígena, por tener la condición de derecho colectivo y fundamental, no es renunciable por el imputado ni por la autoridad judicial indígena, como tampoco disponible ni negociable por autoridad estatal alguna.

II. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

En este acápite vamos a relacionar los fallos más importantes de la Corte Constitucional, en los que se ha ocupado del estudio de la jurisdicción y el fuero indígenas. Hemos considerado que el análisis de los mismos resulta más pertinente hacerlo a partir de los problemas nucleares de carácter político y jurídico que tales instituciones representan, como son: el fundamento político y jurídico, el cual, a su vez, define los conflictos que son competencia de la jurisdicción indígena (A); los criterios que sirven para determinar quién es indígena y que definen por lo tanto al titular del fuero (B); y los límites que nuestro ordenamiento jurídico establece para el ejercicio de dicha jurisdicción (C).

Pero este estudio no se limita a una labor descriptiva y sistematizadora de los fallos de nuestro máximo Tribunal, sino que además intenta valorar críticamente las teorías allí asumidas y los argumentos de diversa factura que las respaldan, para concluir, en algunos de los casos, tomando una posición propia respecto de cada uno de los problemas tratados.

A) Fundamento político y jurídico de la jurisdicción y el fuero indígenas

Determinar el fundamento político y jurídico que da razón de la expresa consagración constitucional de la jurisdicción indígena, resulta esencial para resolver todos los problemas jurídicos que se suscitan con la misma, esto es, su extensión territorial, a quiénes cobija, los conflictos de los cuales debe ocuparse, sus límites, las autoridades que están investidas de la función jurisdiccional, etc.

Un intento por resolver este interrogante a partir de los contenidos de nuestra Carta, lo ha realizado la Corte Constitucional en las sentencias T-349 y T-496 del año de 1996.

1. Sentencia T-496 de 1996, magistrado ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

a) *Argumentos de la sentencia.* Los argumentos de mayor importancia que en esta sentencia se vinculan con respecto al fundamento y al ámbito de aplicación de la jurisdicción especial indígena, son los siguientes:

En primer lugar, se reputa la Carta de 1991 como "resultado de un proceso participativo y pluralista", que condujo a que se prescribiese como obligatorio el reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural de la nación (art. 7º), principio

que además se considera desarrollado en el artículo 70 de la misma Carta, el cual reconoce la igualdad y dignidad de todas las culturas que viven en el país.

Se considera además que la caracterización de nuestro Estado como social y democrático de derecho, obliga al respeto por la diversidad cultural y étnica y de las necesidades que de la misma se derivan, como condición para la obtención de la justicia. Por tal motivo, el derecho nacional ha de adaptarse a las especificidades de nuestra realidad social, caracterizada por la pluralidad de cosmovisiones, lo cual comporta aceptar "la existencia de un pluralismo normativo como nota esencial y fundamental para el sistema legal en sí mismo"³⁴.

En segundo lugar, se afirma que la solución para el conflicto que se presenta entre el interés general y un interés particular protegidos constitucionalmente, debe estar guiada por "los elementos jurídicos" que proporcione el caso concreto "a la luz de los principios y valores constitucionales".

Se destaca que puede perfectamente presentarse un conflicto entre la unidad jurídica y política con el principio de autonomía cultural, cuya solución siempre ha de estar guiada por la singularidad de circunstancias del caso concreto.

En tercer lugar, se concibe la jurisdicción indígena como un derecho colectivo, cuyos límites se hallan en los derechos fundamentales tanto de los miembros de su comunidad o de personas ajenas a esta:

"El derecho colectivo de las comunidades indígenas, a tener su singularidad, puede ser limitado solo cuando se afecte un principio constitucional o un derecho individual de alguno de los miembros de la comunidad o de una persona ajena a esta, principio o derecho que debe ser de mayor jerarquía que el derecho colectivo a la diversidad".

Se afirma además que el fuero indígena, institución derivada de la jurisdicción indígena, tiene como razón de ser garantizar el respeto "por la particular cosmovisión del individuo":

"Ahora bien, del reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero. En efecto, se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo".

Se agrega que el fuero indígena lo componen dos elementos: uno de carácter *personal*, "el derecho" a ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad; y otro de carácter *geográfico*, que consiste en que cada comunidad

³⁴ Esta misma corporación, en otra oportunidad había dicho: "... El Estado Social de derecho y la democracia participativa se han ido construyendo bajo la idea de que el reino de la generalidad no solo no puede ser llevado a la práctica en todas las circunstancias, sino que, además, ello no siempre es deseable; la idea del respeto a la diversidad, al reconocimiento de las necesidades específicas de grupos sociales diferenciados por razones de cultura, localización, edad, sexo, trabajo, etc., ha sido un elemento esencial para la determinación de los derechos sociales económicos y culturales y en términos generales, para el logro de la justicia" (sen. T-428 de 1992, magistrado ponente doctor Ciro Angarita Barón).

puede juzgar las conductas, siempre que ocurran dentro de su territorio y de acuerdo con sus propias normas.

Y de manera casuística procede a relacionar varias alternativas que se pueden presentar, para las cuales formula diversas soluciones:

1) Si la acción típica es cometida por un miembro de un "pueblo indígena" dentro de su territorio, atendiendo a las consideraciones territoriales y personales ya expresadas, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional.

2) Si el indígena, de manera individual, afecta a una persona que no es miembro de su comunidad, por fuera del ámbito geográfico del resguardo, la solución válida no siempre la dará la "regla general de territorialidad". El juez estará obligado a tener presente las siguientes consideraciones:

1ª. Cuando la conducta del indígena solo es sancionada por el ordenamiento nacional, en principio, los jueces de la república son los competentes para conocer del caso. Pero adicionalmente el juez tiene "el deber de determinar si el sujeto agresor entendía, al momento de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa, para efectos de reconocerle, o no, el derecho al fuero".

Si por circunstancias accidentales el indígena entró en contacto con una persona de otra comunidad y su particular cosmovisión le inhibía la posibilidad de conocer la reprochabilidad de su conducta en el otro ordenamiento, se le deberá devolver a su "entorno cultural, en aras de preservar su especial conciencia étnica".

Pero si por contactos con la "comunidad mayoritaria" conocía el "carácter perjudicial" del hecho, sancionado además por el ordenamiento jurídico nacional, en principio deberá ser sancionado conforme a los contenidos del "sistema jurídico nacional".

2ª. Si la conducta es sancionada en ambos ordenamientos, se concluye que "la diferencia de racionalidades no influye en la comprensión de tal actuar como perjudicial". Pero incluso en estos supuestos el juez no podrá circunscribirse al aspecto territorial para definir la competencia, sino que le es obligatorio entrar a valorar plurales circunstancias para determinar la conveniencia o no de que el indígena sea juzgado y sancionado por su propia comunidad o por el sistema jurídico nacional.

Respecto de las materias que en concreto deben ser consultadas por el juez para tomar la decisión, la Corte Constitucional señala las siguientes: las culturas involucradas; la conciencia étnica del sujeto; su grado de integración frente a la cultura mayoritaria; el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece; la afectación del individuo frente a la sanción. En conclusión, "La función del juez consistirá entonces en armonizar las diferentes circunstancias de manera que la solución sea razonable".

Se anota en la misma sentencia que existen dos ventajas para la solución aquí propuesta:

La primera, no aborda el juzgamiento del indígena desde la perspectiva de la inimputabilidad, la cual se reputa "incompatible con la filosofía de la Carta Política de 1991, que reconoce la existencia de rasgos diferenciales y particulares de las personas, no de manera despectiva o discriminatoria, sino dentro del marco de una sociedad mul-

tiénica y multicultural, donde el reconocimiento de las diferencias contribuye al desarrollo de los principios de dignidad humana, pluralismo y protección de las minorías”.

La segunda, no equipara al indígena con los demás miembros de la sociedad, lo cual devendría ilegítimo “en una nación que reconoce constitucionalmente la diversidad cultural” y por tanto, “ninguna visión del mundo puede primar sobre otra y menos tratar de imponerse”.

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

b) Análisis de la sentencia.

1) La sentencia plantea como existente un conflicto entre dos principios constitucionales: de un lado la unidad política que reputa un “interés general”, y por el otro, la autonomía de las diversas etnias y culturas, a la cual califica de “interés particular”.

La reducción de la autonomía cultural a “interés particular” no es una tesis pacífica y tampoco goza de mayor respaldo en la ciencia política actual. El paradigma de Estado constitucional de derecho, que prohija la misma Carta Política y que acepta como vigente la Corte Constitucional, tiene dentro de sus prescripciones la obligación para el Estado de reconocer y respetar la diversidad cultural y étnica de la nación, la cual por ser parte de nuestra riqueza colectiva, indefectiblemente adquiere la entidad de “interés general”³⁵. Ello obliga además a una redefinición del concepto de Estado y de “unidad política”, porque como lo expresa DE SOUSA SANTOS: “... en los orígenes de la lucha de los pueblos indígenas por la autodeterminación se encuentra una crítica radical del Estado-nación (...). A través de la denuncia de la exclusión social y de la supresión política llevada a cabo en nombre de equivalencias falsas y abstractas entre nación, Estado y derecho, las luchas indígenas abren un espacio ideológico a la revisión radical de la obligación política vertical que subyace al Estado liberal y reclaman nuevas concepciones de soberanía (soberanía dispersa, compartida, polifónica) (...) la reivindicación de derechos colectivos y de autogobierno apunta a (...) nuevas intermediaciones no corporativa entre el Estado y los ciudadanos y a distribuciones más equitativas de la igualdad y la diferencia (...), VARESE considera que “la unidad no im-

³⁵ En el mismo sentido, véase a GLADYS JIMENO SANTOYO y OTROS, *Hacia el reconocimiento de los derechos humanos de los pueblos indígenas*, op. cit., 1998, págs. 189 y 190.

plica la unicidad. Este es el requisito civilizador por excelencia, que reconoce la multiplicidad como marco de conocimiento y de existencia y la interacción de las diferencias como el único ambiente propicio para la construcción de la civilización”³⁶.

La jurisdicción indígena es un *derecho colectivo*, el cual se expresa en el respeto a las autoridades jurisdiccionales indígenas y a las formas de control que estas mismas tienen para la solución de los conflictos. Tiene como fundamento el derecho a su autonomía cultural y étnica, pues no existe duda de que el control social (formal e informal) que en tales comunidades existe, es parte esencial de su cultura. Y como dice ZAGREBELSKI, el reconocimiento constitucional del pluralismo cultural, normativo —y, por ende, de la jurisdicción especial indígena, en el caso colombiano—, es un signo de fuerza de la misma, que amplía sus referentes de legitimidad:

“La Constitución pluralista presenta la estructura de un pacto en el que cada una de las partes implicadas introduce aquellos principios que se corresponden con sus ideales de justicia (...). Esta operación es un elemento tan relevante para las concepciones jurídicas que constituye incluso la condición del éxito de la propia obra constituyente como obra de todos y no como imposición unilateral de una parte sobre otra. Es por tanto —contrariamente a lo que afirman los partidarios de soluciones constitucionales simples, no de compromiso—, un signo de fuerza y no de debilidad de la Constitución por cuanto amplía sus fundamentos consensuales”³⁷.

2) Pero en el supuesto de que realmente exista un conflicto entre el principio de *unidad política* y el de *diversidad étnica y cultural*, del cual es expresión la jurisdicción especial indígena, no creemos que el juicio de ponderación incline la balanza a favor de la unidad política, tal como lo asevera la Corte Constitucional para diversos supuestos. Para nosotros ese juicio favorece siempre el derecho de las comunidades indígenas a tener autonomía en la configuración de sus propias formas de control social, entre ellas el control formal punitivo, porque no solo son más los valores y principios constitucionales que quedan salvaguardados con esta opción hermenéutica, sino que, además, la misma garantiza la vigencia de derechos fundamentales, cuya naturaleza los hace irrenunciables, indisponibles e irreductibles a las reglas de las mayorías y del mercado³⁸. Esta perspectiva lleva hasta sus últimas consecuencias lo dicho por la Corte Constitucional, de que el “pluralismo normativo” es “nota esencial y fundamental” de nuestro ordenamiento jurídico.

3) Por otro lado, la Corte no resulta siendo consecuente con su afirmación de que *ninguna visión del mundo puede primar sobre otra y menos tratar de imponerse*, por-

³⁶ BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *La globalización del derecho*, op. cit., 1998, págs. 173 y 174.

³⁷ GUSTAVO ZAGREBELSKI, *El derecho dúctil*, Madrid, Edit. Trotta, 1995, pág. 97.

³⁸ Cf. LUIGI FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Edit. Trotta, cap. 2, 1999, págs. 37 y ss. Sobre el juicio de ponderación, véase a ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs. 81 y ss.; ANTONIO MANUEL PEÑA FREIRE, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, op. cit., 1997, págs. 111 a 126; JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Principios y normas rectoras del derecho penal*, Santa Fe de Bogotá, Edit. Leyer, 1998, págs. 53 y 71 a 73.

que en innumerables hipótesis termina dándole prevalencia al sistema jurídico nacional y a la "racionalidad" del cual este es tributario, con desmedro obviamente de la jurisdicción indígena y de sus formas autónomas para regular los conflictos que tienen como protagonistas a los miembros de tales comunidades.

¿Qué razones pueden aducirse para que existiendo la jurisdicción especial indígena, no sea esta la que lo juzgue? Si el fuero tiene como finalidad "respetar la particular cosmovisión del individuo", ¿acaso el conflicto que representa su conducta no debe ser valorado, medido, resuelto con los raseros de su cultura? Si la conducta prohibida y los criterios de imputación se construyen con base en la idoneidad del sistema penal para regular el conflicto, en el merecimiento y la necesidad que los intereses en juego tienen de la tutela penal y, además, el tipo y entidad de la pena se construyen con base en la exigibilidad ¿no se satisfacen todos estos principios en una mejor forma respetando la jurisdicción indígena, que tiene amparo constitucional y que podrá definir qué tipo de respuesta considera más idónea y eficaz a la conducta prohibida y, en caso de que la misma sea de carácter punitivo, podrá adecuarla a lo que en esa comunidad se reputa como idónea, eficaz, necesaria y proporcional? Finalmente, irrogarle a quien pertenece a una comunidad indígena penas de prisión, en muchos casos perpetuas —no otra cosa son las penas privativas de libertad superiores a 30 años—, en las cárceles nacionales, ¿acaso no es hacer primar o imponer una visión del mundo sobre otra? ¿O es que la pena privativa de la libertad, cuya ejecución la misma Corte califica de "Estado de cosas inconstitucional"³⁹, resulta más idónea y más respetuosa de la dignidad humana que las sanciones impuestas por el control social propio de las comunidades indígenas?

En procura de dar una respuesta a estos interrogantes, consideramos pertinente transcribir lo que expresó un miembro de la comunidad Embera-Chamí sobre la diferencia entre las sanciones de su comunidad, comparadas con la pena privativa de la libertad, que es la que tiene el monopolio en el universo punitivo del sistema jurídico nacional:

"En la cárcel se está bien, se come bien, se duerme bien; pero, no se ve la familia y se fuma marihuana, basuco, se aprende de homosexual, se aprende de fechorías y los

³⁹ En la sent. T-153 de 1998, se concluyó "*la existencia notoria de un estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario*", con fundamento en consideraciones como estas: "Con todo, las prescripciones de los Códigos Penal, de Procedimiento Penal y Penitenciario, de los Tratados y acuerdos internacionales citados y la misma jurisprudencia de la Corte acerca de los derechos de los reclusos constituyen letra muerta. Las condiciones de vida en los penales colombianos vulneran evidentemente la dignidad de los penados y amenazan otros de sus derechos, tales como la vida y la integridad personal, su derecho a la familia, etc. Nadie se atrevería a decir que los establecimientos de reclusión cumplen con la labor de resocialización que se les ha encomendado (...). Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Razón le asiste a la Defensoría del Pueblo cuando concluye que las cárceles se han convertido en meros depósitos de personas. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc."

castigos son muy largos. Cuando la persona sale no se ha rehabilitado, llega vicioso, llega homosexual, llega corrompido. Así, la pena de la cárcel no corrige, antes daña. (...) En cambio, en el cepo, cuando el cepo se aplica solo, el castigo es muy corto —12 ó 24 horas—, pero es efectivo. La persona no quiere volver a él. Cuando se trata de penas graves, que llevan tiempo, estos tiempos son mucho más cortos que los de la cárcel porque llevan el cepo —nocturno— que sí es de verdad un castigo, pero, durante el día, aunque no se trabaja en lo propio, se está viendo a la familia, a los hijos, se sabe qué les falta, si están enfermos, disponiendo vender alguna cosa, para llevar al hospital, atendiendo. Además, como se trabaja en terrenos de los comuneros, ellos también están siendo advertidos, que si hacen lo mismo, van a tener que pagar igual, que ellos no quieren esto, por eso hacen también trabajar al condenado suavemente, no vaya a ser que cuando les toque el turno a ellos los hagan trabajar duro"⁴⁰.

Naturalmente que el contraste entre las penas del sistema jurídico nacional y las de la jurisdicción indígena resulta de mayor entidad, si se tiene presente que muchas comunidades indígenas —y valga como ejemplo la Wayúu—, resuelven incluso los conflictos como el homicidio con arreglos económicos, de innegable valor simbólico⁴¹.

Finalmente, para demostrar que en la providencia aquí analizada se termina imponiendo el control social del Estado, y por tanto la ideología o cultura que a él subyace, basta con responder los siguientes interrogantes: ¿Cuál es el funcionario competente para juzgar a una persona que no tiene la calidad de indígena y que realiza un hecho delictivo en un resguardo indígena, el cual perjudica a dicha comunidad o a un integrante de la misma? ¿Quiénes estamos en este margen, al unísono responderíamos que es la jurisdicción ordinaria la competente y que conforme al ordenamiento jurídico vigente no existe discusión. Si es tan categórica la anterior respuesta, cuando acontece lo contrario, esto es, que un indígena realiza una conducta que afecta a un ciudadano no indígena o a una colectividad diversa a la propia, ¿por qué entonces la competencia no la tiene la jurisdicción indígena? ¿acaso una y otra jurisdicción no se encuentran jurídicamente en condiciones de igualdad?

4) El caso sometido a estudio consistió en el homicidio cometido por un indígena de la comunidad Páez en contra de un no indígena, hechos que ocurrieron por fuera del territorio del resguardo.

Inicialmente se señala que por el *factor geográfico* el "sistema jurídico nacional" es el competente para el juzgamiento y no las autoridades de su comunidad. Pero como en la misma sentencia se afirma que dicho criterio no basta para determinar la competencia, a fin de ser consecuentes se procede a determinar si existe "fuero personal", y por ello se evalúa "su pertenencia a la etnia Páez y su particular relación con esta cosmovisión".

⁴⁰ Véase sent. T-349 de 1996, magistrado ponente Doctor Carlos Gaviria Díaz.

⁴¹ Véase a JESÚS RODRÍGUEZ, "Autoridad y justicia en el pueblo Wayúu", en AA.VV., "*Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas*". *La jurisdicción especial indígena*, Santa Fe de Bogotá, Ministerio de Justicia y del Derecho y Ministerio del Interior-División de Asuntos Indígenas, 1997, págs. 63 a 66.

Pero cuando se analiza la *pertenencia a la etnia* y la *particular cosmovisión* de ella, no se asumen sus referentes autónomos ni se reconoce el esfuerzo que tal comunidad ha hecho en procura de consolidar su especificidad cultural, sino que se procede a determinar en qué medida dicha etnia ha sido sometida, sojuzgada a la "cosmovisión mayoritaria", y partir de este hecho concreto define si es "razonable", si es "conveniente" que el juzgamiento lo asuma o no la jurisdicción indígena.

En esta perspectiva, se asevera que la comunidad Páez, ha sufrido un "gran proceso de aculturación debido a las migraciones ligadas a la expansión colonizadora impulsada por la economía exportadora del café". Y a renglón seguido se agrega que aunque su lucha "por mantener su unidad y autonomía encontró acogida en los postulados de la nueva Carta", resulta perentorio valorar el proceso que dicho pueblo ha sufrido gracias a su integración con la "visión mayoritaria": "... no puede ser ajena a la solución de este caso el grado de integración del pueblo Páez con la visión mayoritaria, puesto que, aunque la identidad del individuo dependa primordialmente de la cultura en la que se desenvuelve, cuando entra en contacto directo con los parámetros culturales de la sociedad externa, necesariamente se presentará una modificación en su cosmovisión determinada por el aprendizaje de otras visiones del mundo y otras formas de vida".

El proceso de "aculturización" al que se alude en la sentencia, es un eufemismo con el que se quiere encubrir lo que no es más que *violencia estructural*, pues no otro nombre es posible endilgarle al proceso que despojó de la tierra a dicha comunidad, la persecución que sufrieron sus líderes, el aniquilamiento posterior del resguardo, el avasallamiento por el hambre y la minimización de dicha cultura. Y todo esto, con el agravante de que en esta violencia tuvieron y tienen compromiso moral los poderes económicos y políticos de los actores que representan la "visión mayoritaria".

Por esta razón, resulta para nosotros inaudito que sobre presupuestos tan delezna- bles, constitutivos de un etnocidio, de un genocidio, se pretenda construir la legitimidad de la jurisdicción propia de la "visión mayoritaria" para juzgar a los sobrevivientes de tal barbarie. Además, cabe preguntar si la prevalencia del sistema jurídico nacional sobre el sistema jurídico Páez, con el argumento de que esta comunidad ha sufrido un proceso de "aculturización", ¿no es también expresión de un nuevo etnocidio, puesto que inhibe la posibilidad de que dicho pueblo reconstruya su identidad, entre cuyos elementos el control social autónomo reviste mayúscula importancia?

En la sentencia también se intenta conseguir una aproximación al concepto de cultura: "... cada persona es única, creativa y creadora de sí misma; pero además como individuo perteneciente a un determinado grupo humano, se convierte en 'transmisor de cultura', que lleva a que la identidad del sujeto se vaya conformando de acuerdo con el modo como integra, refleja y modifica su propia herencia cultural y la de aquellos con quienes entra en contacto. En términos de CHARLES TAYLOR, la identidad de las personas se crea por medio de un proceso dialógico que incluye nuestras relaciones y los diálogos con los demás".

Lo insólito es que luego de aceptarse que la cultura es un proceso dialógico, cuya interacción configura la identidad, se quiera concluir que ha de ser la cultura mayoritaria la legítima para valorar y juzgar la conducta de un miembro de una etnia avasallada precisamente por la relación vertical del diálogo que se supone igualitario y horizontal.

Queremos también destacar cómo, no obstante aceptarse la existencia de un peritazgo antropológico que establece que el individuo es realmente indígena, fiel a las tradiciones y costumbres de su pueblo, "que participa activamente de su comunidad y de su ancestro cultural", ello no sea suficiente para que el fuero tenga vigencia, pues lo que importa realmente, según la sentencia, es que este ha tenido contacto con las normas y cultura dominantes, "no solo por la aculturación de la comunidad a la que pertenece, sino también porque voluntariamente salió de ella a trabajar "para conseguir plata", como él mismo lo afirma, aprendiendo el castellano e interactuando con sujetos ajenos a su cultura", el cual por su condición de "aculturado" está habilitado para ser "capaz de entender los valores de la conducta mayoritaria". Y se dice además que, como el indígena se alejó de su comunidad, "no accidentalmente sino por desseo propio", por tal motivo debe asumir los "riesgos" que se derivan de su acción, que así como lo hacen titular de las "mismas prerrogativas de todo ciudadano", también lo exponen "al cumplimiento de deberes y sanciones que imponen las autoridades de la república".

Y más adelante también se asevera que, así se pregone su "pureza cultural", es perentorio tener en cuenta que conocía el "disvalor de matar", pues en su comunidad "el homicidio es uno de los comportamientos considerados de mayor gravedad y de los más duramente castigados". Concretamente el sistema jurídico de su comunidad tipifica varias clases de homicidios, entre los cuales se encuentra el simple, "que incluye los casos de riña, el preterintencional y el no agravado, los cuales acarrearán una pena de 'juetada', trabajo forzado de 2 años e indemnización". Y se destaca cómo en estos casos el cabildo intenta aplicar su propia jurisdicción, "para que no se vaya a la cárcel oficial y salga más corrompido".

Y se concluye con las siguientes consideraciones: "En el caso del actor, es claro que no puede argumentar una diferencia valorativa en razón de su pertenencia a otra comunidad, no solo porque los paeces sancionan el homicidio, sino además porque el actor ha tenido contacto con la visión externa predominante, tanto por su tradición cultural que se vio expuesta al sometimiento al orden colonial y al intento de integración a la 'vida civilizada', como por el interactuar particular e individual que ha tenido el demandante con miembros de la sociedad mayoritaria, como en efecto se señala en el expediente: el peticionario ha laborado por fuera de su comunidad durante tres años aproximadamente, conoce el castellano y ha interactuado con personas que comparten la tradición liberal, entre otros factores, "lo cual permite estar en condiciones de aprender los criterios axiológicos que rigen nuestra sociedad...".

5) En la providencia analizada se afirma que el indígena salió de su territorio en forma voluntaria, y con ello asumió los riesgos de vivir en la "cultura mayoritaria", entre los cuales se cuenta la pérdida del fuero.

La aseveración de que el indígena salió en forma "voluntaria" del resguardo es discutible: se sale porque la tierra del resguardo no alcanza para que todos trabajen en ella; porque la productividad es insignificante; por las amenazas de poderes armados; porque se necesitan ingresos monetarios, para atender los requerimientos de estudio, de vivienda de su grupo familiar y el trabajo en el resguardo no le permite acceder a los mismos.

Además, como lo han destacado diversos estudios⁴², a lo largo de la historia social del país, si algo ha caracterizado a nuestras comunidades indígenas es su vulnerabilidad, lo cual influye indefectiblemente en la permanencia en sus territorios. Y a dicha vulnerabilidad contribuyen diversos factores: la colonización apoyada directa e indirectamente por el Estado; la expansión del latifundio y de narcopropietarios; la actividad minera y petrolera; la calificación de tierras "baldías" a las tierras seculares de los indígenas y su asignación a grupos de colonos y campesinos, para ampliar la frontera agrícola y evitar la reforma agraria; el deterioro de sus ecosistemas por la explotación de madera, flora y fauna y recursos minerales, con el correlativo debilitamiento de los recursos para la satisfacción de sus necesidades alimentarias, de vivienda; los megaproyectos que comprometen tierras habitadas por los indígenas, etc.

Si cualquiera de estas formas de violencia determinan a un indígena a salir de su territorio ancestral y a "aculturarse" en la "civilización occidental", ¿ello puede legitimar de alguna forma la pérdida del fuero? ¿cuándo sí y cuándo no?, ¿es necesario probar en cada caso que es "justificada" la salida?

Para nosotros, la salida del territorio indígena no puede ser *nunca* una variable que determine la pérdida del fuero, postura que encuentra respaldo en el argumento expresado por la misma Corte en la sentencia T-567 de 1992, magistrado ponente: Doctor José Gregorio Hernández Galindo, cuando dijo: "... y siendo evidente el abandono, humillación y discriminación a los que han sido expuestos los indígenas durante siglos, se hace necesario que se imponga siempre a su favor un trato preferencial".

Y decimos que avala nuestra tesis por lo siguiente: es indudable que el sistema penal ha sido una de las formas de "humillación", "discriminación" y aniquilamiento cultural, económico, político y social de dichas comunidades. La historia de la inquisición en Colombia, la criminalización de la lucha indígena por recuperar los resguardos en contra de la hacienda, la represión cuando se sumaron a las reivindicaciones campesinas, es un testimonio sumamente dicente de lo aquí afirmado. Entonces, si el sistema penal del Estado hace parte del proceso de "aculturización" sufrido por los indígenas, y este no es otra cosa que un proceso caracterizado por *el abandono, humillación y discriminación*, para compensar la desigualdad material que ello representa para tales culturas y etnias, se hace necesario entronizar un trato privilegiado, preferencial para ellas, que no puede ser otro que respetar las formas autónomas que culturalmente han creado para la solución de los conflictos intraétnicos.

⁴² Véase a GLADYS JIMENO SANTOYO y OTROS, *Hacia el reconocimiento de los derechos humanos de los pueblos indígenas*, op. cit., 1998, págs. 298 a 305; BEATRIZ EUGENIA SÁNCHEZ, "La jurisdicción indígena ante la Corte Constitucional", op. cit., 1998, págs. 350 y 351.

Y si constitucionalmente las etnias están en pie de igualdad, lo mismo que sus culturas, preguntamos: ¿si un colono convive con los indígenas y ha introyectado sus valores culturales y realiza una conducta que afecta derechos fundamentales de la comunidad o de un integrante de la misma, por tener conocimiento de que en tal comunidad su conducta es sancionada, y haber aceptado el "riesgo" de vivir en ella, se podrá decir también en este caso que es "aculturado" y que por ello debe ser juzgado por la jurisdicción indígena?

Si nos resistimos a una respuesta afirmativa a este interrogante, ¿por qué cuando se trata de un indígena "aculturado", por fuera de su territorio, este sí pierde el fuero? Entonces, ¿en qué quedan la igualdad étnica y cultural?, ¿en una fórmula vacía, sin valor normativo alguno?

6) Dado que en el fallo se le confiere valor al "territorio" para efectos de delimitar la competencia de la jurisdicción indígena, era necesario que se definiera: ¿es equivalente al resguardo?, ¿se requieren títulos de reconocimiento de "propiedad" de la zona, por parte de las autoridades estatales? No creemos que sea posible responder afirmativamente estas preguntas, porque con ello se generarían muchas injusticias. Un concepto que se corresponde mejor con la sustancia del derecho al propio territorio, es aquel que abarca tanto las tierras ocupadas, habitadas y explotadas, como también las que tradicionalmente han servido como escenario de sus actividades culturales, sociales y económicas⁴³. Naturalmente esta definición importa para otras reivindicaciones indígenas, porque de conformidad con nuestra tesis, el "territorio" no es factor relevante a efectos de determinar la competencia de la jurisdicción indígena.

2. Sentencia T-349 de 1996, magistrado ponente: Doctor Carlos Gaviria Díaz.

a) *Argumentos de la sentencia*. En esta providencia se concluye que las autoridades indígenas investidas del poder jurisdiccional, pueden renunciar al mismo y trasladar el conflicto para que sea investigado y juzgado conforme a las normas del ordenamiento jurídico nacional.

El caso concreto que fue objeto de estudio corresponde al de la comunidad Emberá-Chamí, la cual tiene dos sistemas para resolver los conflictos constitutivos de faltas graves: por un lado, el sistema segmentario y de compensación; y, por el otro, el sistema centralizado, de configuración más reciente e íntimamente ligado a la organización de los cabildos. En el proceso que nos ocupa hubo una simbiosis del sistema segmentario y del centralizado, por cuanto el juzgamiento se hizo en una "reunión de todos" (centralizado) en donde estuvieron representados los "patrilinajes" (familias extensas) de las partes en conflicto (sistema segmentario), quienes tuvieron la oportunidad de ser jueces de la causa. En la providencia además se destaca la importancia de la articulación de ambos sistemas, por cuanto ello hace posible que se cumpla una función preventiva como lo es evitar las venganzas de sangre.

⁴³ Véase en idéntico sentido, BEATRIZ EUGENIA SÁNCHEZ, "La jurisprudencia indígena...", op. cit., 1998, págs. 331 y 350. Así mismo, sentencia 496 de 1996, magistrado ponente, Doctor Carlos Gaviria Díaz.

Por otro lado, se relievra el alto valor que para tal comunidad tiene la posibilidad de ser ella misma la que sancione las conductas de sus miembros: "En nuestro concepto, existe un alto valor que el pueblo Embera-Chamí le atribuye a la posibilidad de sancionar las conductas de sus miembros. Y dicho valor no se relaciona con otro aspecto diferente a aquel de la paz. El pueblo Embera-Chamí es altamente conflictivo, habiendo involucrado histórica y culturalmente el conflicto como una estrategia de supervivencia y de ocupación territorial. En estos casos, en los cuales una cultura hace del conflicto una estrategia de su propia supervivencia, es crítico el manejo interno del conflicto, ya que la imposibilidad o incapacidad de manejarlo a nivel de sus estructuras internas, puede acarrear el desbordamiento del conflicto meramente oral y de sentimientos, en la guerra tribal sin control".

b) *Análisis de la sentencia.* Resulta en verdad paradójico el que se reconozca que para la comunidad Embera-Chamí es sumamente importante el que ella misma juzgue los conflictos que se presentan entre sus miembros —por ser mecanismo preventivo de la venganza de sangre—, y a la vez se afirme que la comunidad, si a bien lo tiene, puede renunciar a juzgarlos y ordenar que el conflicto se ventile de conformidad con el ordenamiento jurídico nacional⁴⁴.

Y siendo de tanta importancia para esta comunidad la solución por ella misma de sus conflictos, ¿por qué se autoriza y estimula la renuncia a su jurisdicción? ¿Acaso con tal postura implícitamente no se está afirmando su minusvalía para apuntalar y construir sus concretas y autónomas formas de control social?

Para valorar la validez de la solución que propone la Corte Constitucional en este fallo, es preciso definir la naturaleza de la jurisdicción especial indígena. Participamos del criterio de que es un *derecho colectivo* consagrado en forma expresa en la Constitución Política, conforme al cual cada comunidad determina, de conformidad con su autonomía cultural, las autoridades investidas de poder jurisdiccional, esto es, entre otras cosas, de facultad para investigar y fallar las "faltas" y los "delitos". Y como derecho colectivo de carácter fundamental, no es disponible ni negociable por el titular ni por autoridad estatal alguna⁴⁵. Además, la jurisdicción especial indígena, como parte

⁴⁴ El Proyecto de Ley Estatutaria elaborado por la Dirección General de Asuntos Indígenas con el Ministerio de Justicia, con el fin de reglamentar el art. 246 de la Const. Pol., al determinar las formas de coordinación entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional, se parte del supuesto del carácter disponible y renunciabile de la jurisdicción especial indígena. El art. 17 de este proyecto, reza así: "Traslado de competencia. En el ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena, las autoridades de los pueblos indígenas tendrán la facultad de remitir a la jurisdicción nacional los casos que, por razones de protección a la integridad étnica o cultural, no acatamiento de la decisión o imposibilidad de control por parte de la autoridad indígena, consideren que deben ser resueltos por las autoridades judiciales ordinarias. Esta decisión no será considerada como denegación de justicia". Para la consulta de este texto, véase a GLADYS JIMENO SANTOYO y otros, *Hacia el reconocimiento de los derechos humanos de los pueblos indígenas*, op. cit., 1998, págs. 197 a 203.

⁴⁵ Sobre la indisponibilidad de los derechos fundamentales, véase LUIGI FERRAJOLI, *Derechos y garantías*, op. cit., 1999, págs. 45 a 50; ANTONIO MANUEL PEÑA FREIRE, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, op. cit., 1997, págs. 152 a 154.

integrante de la jurisdicción nacional, tiene como límites los principios de legalidad del proceso y el de legalidad de los delitos y de las penas, y el núcleo intangible de estos se vería aniquilado en caso de considerarse que la jurisdicción especial es renunciabile por autoridades judiciales indígenas o por las personas cobijadas por el fuero⁴⁶. Si la autoridad jurisdiccional indígena renunciara a su poder y optara porque el conflicto lo juzgara el sistema jurídico estatal, ello comportaría a la vez que un quebranto al debido proceso, la vulneración de todas las garantías procesales y sustantivas, por haber una absoluta correlación entre el primero y estas⁴⁷.

Además, en el respeto al fuero indígena, institución derivada de la jurisdicción especial, subyace el interés de salvaguardia de lo que en el discurso demoliberal se conoce como la garantía del juez natural, esto es, el derecho a ser juzgado por un actor investido del poder jurisdiccional, previamente definido por la ley, de quien se pueda pregonar, además de idoneidad, independencia e imparcialidad. Sobre este asunto bien vale la pena transcribir lo que FERRAJOLI expresa sobre la trascendencia, el contenido y las formas de transgresión de esta garantía:

"La garantía del 'juez natural' (...). Significa tres cosas distintas aunque relacionadas entre sí: la necesidad de que el juez sea preconstituido por la ley y no constituido *post factum*; la inderogabilidad y la indisponibilidad de las competencias; la prohibición de jueces extraordinarios y especiales (...) mientras la preconstitución legal del juez y la inalterabilidad de las competencias son garantías de imparcialidad (...) la prohibición de jueces especiales y extraordinarios es sobre todo, una garantía de igualdad, que satisface el derecho de todos a tener los mismos jueces y los mismos procesos"⁴⁸.

⁴⁶ Sobre el carácter público del derecho procesal penal, véase a JORGE EDUARDO VÁSQUEZ ROSSI, *Curso de derecho procesal penal*, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni S.C.C. Editores, 1985, págs. 31 y ss.; JÜRGEN BAUMANN, *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1986, págs. 19 a 21.

⁴⁷ Cabe aquí citar lo que dice LORCA NAVARRETE, sobre el derecho procesal penal, porque da luces sobre la razonabilidad de la tesis suscrita por nosotros: "Al decir que el derecho procesal penal ordena la función jurisdiccional penal, se quiere indicar que las normas que contiene son (...) las únicas que posibilitan la validez de los actos procesales penales y que tales normas *no se hallan encaminadas, como equivocadamente pudiera desprenderse del artículo 1º LEC*, a la imposición de las penas o a la represión, sino, y más exactamente, a hacer posible que mediante las garantías que la propia LEC establece se obtenga una efectiva tutela judicial de los derechos sin que en ningún caso se produzca indefensión. Este derecho a la tutela jurisdiccional (...) se ofrece como condicionante para la operatividad y reconocimiento de los restantes. Como tal derecho supone, positivamente, el acceso al proceso y al uso de las garantías (proceso penal como sistema de garantías) que en él se proporcionan para la defensa y la acusación" (cursivas en el texto) (ANTONIO Mº LORCA NAVARRETE, *Derecho procesal penal*, 2º ed., Madrid, Edit. Tecnos, 1988, pág. 19).

⁴⁸ LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Edit. Trotta, 1995, págs. 590 y ss. Véase también, a JULIO B. J. MAIER, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, t. I, Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l., 1999, págs. 739 a 774. Este autor afirma que la palabra "juez", en el derecho moderno, no se comprende sin el calificativo de "imparcial". Y una de las notas que permiten concretar o garantizar esa imparcialidad es el carácter *natural o legal* del juez: "Una buena manera de asegurar la independencia e imparcialidad del tribunal es evitar que él sea creado o elegido, por alguna autoridad, una vez que el caso sucede en la realidad (después del caso), esto es, que se coloque frente al imputado tribunales *ad hoc*, creados para el caso o para la persona a juzgar. Es por ello que nuestra Constitución Nacional *prohíbe* que alguien sea juzgado por comisiones especiales, o sea, sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa" (cursivas en el texto).

El mismo autor llama la atención de cómo la garantía del juez natural se encuentra hoy principalmente amenazada por el poder de avocación, esto es, por “asignaciones discrecionales *post factum* de los procesos a órganos pertenecientes al orden judicial, pero diversos de los asignados por la ley”. Y agrega, en lo cual le asiste plenamente la razón, que el único modo de conferirle pleno cumplimiento al principio sería “la preconstitución legal de criterios objetivos de determinación de la competencia...”⁴⁹.

Si partimos de la especificidad de nuestro país, en donde la diversidad cultural y el pluralismo normativo son realidades sociales con reconocimiento explícito en la Carta Política, con fundamento en lo dicho por FERRAJOLI es posible concluir varias cosas:

- Que la jurisdicción indígena es indisponible, intransferible e inderogable, porque la misma es condición *sine qua non* de la vigencia de la garantía del juez natural.
- Que la pretensión de darle competencia a las autoridades judiciales del Estado, para investigar y fallar conflictos reservados legalmente a la jurisdicción especial indígena, es ilegítima e inconstitucional.

Finalmente, no podemos ocultar que son múltiples las circunstancias que pueden comprometer la eficacia de la jurisdicción indígena, pues es posible que por la naturaleza del conflicto o la especificidad de los actores, no se encuentre en capacidad de juzgar a los implicados; así mismo, un indígena podrá argumentar que quiere ser juzgado por el sistema jurídico nacional, porque considera que la autoridad judicial indígena no es imparcial, o porque su falta no se encuentra regulada en el sistema penal nacional y espera ser declarado inocente. En uno y otro evento, si en realidad se quieren respetar los valores, los principios, los derechos y las garantías que subyacen a las instituciones estudiadas, ha de afirmarse categóricamente que el sistema jurídico nacional no tiene competencia alguna. Lo pertinente será, por un lado, que el Estado contribuya para que la jurisdicción indígena tenga real capacidad operativa, y por el otro, que en la misma tengan vigencia los derechos y garantías que son consustanciales a un proceso justo.

Finalmente, resultaría además insólito, que con el pretexto de las dificultades que para su cabal ejercicio tiene la jurisdicción penal indígena, se trasladen los conflictos que son de su competencia a la administración de justicia del Estado, por cuanto esta tiene un déficit estructural de legitimidad y eficacia, que ningún científico serio osará negar⁵⁰.

B) *Quién es indígena*

La jurisdicción especial indígena, constitucionalmente, solo cubre al indígena y la concreción del contenido de este concepto, fuera de importante, es también, sin lu-

⁴⁹ *Ibidem*, pág. 592.

⁵⁰ Para no citar sino los estudios más recientes, véase a MAURICIO MARTÍNEZ S., *La Crisis de la Justicia Penal en Colombia*, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1999; IVÁN OROZCO ABAD y JUAN GÓMEZ ALBARELLO, *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis - IEPRI - Universidad Nacional de Colombia, 1999.

gar a dudas, una tarea llena de dificultades, como se evidencia en la discusión suscitada con motivo del fallo de exequibilidad que analizamos a continuación.

1. Sentencia C-058 de 1994, magistrado ponente: Doctor Alejandro Martínez Caballero.

Aunque esta sentencia se ocupó de la constitucionalidad de la ley 48 de 1993, relativa al Servicio de Reclutamiento y Movilización de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional, solo nos interesa el debate suscitado con motivo del artículo 27, el cual prescribe que los indígenas están exentos en todo tiempo de prestar servicio militar y de la cuota de compensación militar, siempre y cuando “residan en su territorio y conserven su integridad cultural, social y económica”. Fue esta una oportunidad privilegiada para que se conocieran la mayoría de los argumentos existentes sobre quién es indígena, los cuales pasaremos a relacionar y analizar.

a) *Argumentos de los intervinientes en el debate*

1) *Participación de los demandantes:*

Uno de los demandantes considera que la diferencia de trato a los indígenas no puede estar subordinada a la circunstancia de vivir o no en su territorio: “La nueva ley que demandamos nos castiga por el hecho de habernos ‘civilizado’, obligando a pagar servicio militar a los indígenas que no residan en su territorio y que no conserven su integridad. Tenemos entonces que el Estado colombiano, como muchos otros en el mundo, ha tenido por vocación expulsarnos de nuestro territorio y ha empeñado todos sus aparatos militar, religioso y gubernamental para despojarnos de nuestras identidades, culturas, organizaciones sociales y economías propias. Sus tácticas han sido violentas unas, timadoras otras, suaves las demás. Dentro de las medidas suaves se puede catalogar la de no obligar a los indígenas a prestar servicio militar. Esta política ha despojado de las tierras a muchas comunidades indígenas y a sus miembros los ha abocado a procesos intensos de aculturación. Entonces ahora que el Estado ha cumplido con sus claros propósitos, procede a ‘castigar’ al ‘buen salvaje’. No creemos que casen con la nueva Constitución interpretaciones como estas. Aún con la Constitución anterior era absurdo plantear que la calidad de indígena dependiera de ‘residir en su territorio’”.

Otro de los demandantes afirma que la obligación impuesta a los indígenas para eximirse del servicio militar de permanecer en su territorio, “es casi una pena confinatoria” que los reduce a guetos. Además, “la Constitución no reconoció una diversidad de pueblos aislados, sino una diversidad basada en la interculturalidad que se da todos los días”. Y coloca como ejemplo a los comerciantes Ingas que residen en Bogotá, a quienes la alcaldía les reconoció el cabildo y, a pesar de ello, “no tendrían derecho a la exención, porque son muy tradicionales, pero no residen en ‘su’ territorio”. Y agrega que muchos otros han abandonado su territorio, dado que cada vez es más corriente el intercambio de culturas, “bien por razones de buscar medios de subsistencia, o por razones de la lucha misma del movimiento indígena”.

2) *Participación del Ministerio del Interior:*

Este actor, sobre el mismo tema, expresa: “Efectivamente existe una diferenciación entre el indígena que aún vive dentro de su territorio ancestral y el que ha salido

de su comunidad para enfrentarse a otra cultura. Esa diferenciación en ningún momento se puede calificar como violatoria del derecho a la igualdad, la Constitución Nacional fue clara al establecer una mayor protección a aquel indígena que permanece dentro de su territorio y que conserva toda su tradición, usos y costumbres ancestrales. No puede dejarse de lado el fin que buscó el indígena que por circunstancias educativas, económicas, sale de la comunidad teniendo que enfrentarse a otra cultura, y aún conserve su cultura de pertenencia, tiene que asumir la cultura referente en donde el Estado le esté garantizando una igualdad con el resto de ciudadanos colombianos. *La norma debe interpretarse en el sentido de que el legislador entiende que no solo tiene el derecho de exención militar el indígena que esté dentro de su resguardo, o comunidad, o territorio, sino aquel que aún en las grandes ciudades conserve su identidad, que es el elemento que hace parte de su cultura de pertenencia.* No puede olvidarse la situación que se presenta con el ciudadano indígena que emigra de su territorio ancestral para interrelacionarse en las grandes ciudades presentándose una situación de interculturalidad que no implica la pérdida de su identidad ni de sus prerrogativas sino que por el contrario va a existir una conjugación de sus derechos ancestrales que le ha otorgado la ley y además los derechos y deberes que tiene todo ciudadano” (cursivas nuestras).

3) Intervención del procurador general de la nación

Este actor suscribe una tesis con la cual comulgamos integralmente, pues dice que “la circunstancia de residir o no en su territorio no es definitoria del carácter de una persona como indígena, o de la pérdida de su identidad como tal”, por tal motivo no tiene racionalidad ni justificación alguna el trato discriminatorio entronizado por la norma con fundamento exclusivo en este factor: “La norma demandada entroniza una diferencia entre indígenas injustificable, y por tanto una odiosa discriminación, lo que convierte a dicha norma en violatoria del artículo 13 de la Constitución Política. Si una ley establece tratos diferentes entre miembros de las comunidades indígenas, sin que existan situaciones distintas que justifiquen la diversidad de esos tratos, se puede afirmar por parte de este despacho que dicha norma viola el artículo 13 constitucional”.

Posteriormente, con fundamento en el Convenio número 169 de la OIT, incorporado a nuestra legislación⁵¹, concluye que nuestro ordenamiento jurídico tiene en la utilización del concepto de la propia identidad, un “criterio de pertenencia al grupo étnico, así como la autonomía del indígena para definir esa pertenencia e identidad de acuerdo con sus propios criterios de autorreconocimiento”. Finalmente argumenta que dicha ley no tuvo en cuenta lo que sí fue relevante para el convenio citado, “o sea, una circunstancia de vital importancia para los grupos étnicos, como es su obligatorio desplazamiento por razones de subsistencia”.

b) *Argumentos de la Corte Constitucional.* La Corte comienza su disertación con el siguiente interrogante: “¿la doble exigencia espacial —vivir en el territorio— y de

⁵¹ El art. 1º, num. 2, del Convenio, reza así: “la conciencia de su identidad indígena tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”.

identidad —conservar la integridad cultural, social y económica—, para efectos de eximir del servicio militar a los indígenas, viola la cultura e identidad étnica que la Constitución protege?”.

Para dar respuesta al mismo, procede a analizar qué es lo que fundamenta la exención al servicio militar obligatorio para aquellos indígenas que residan en su territorio y conserven su integridad cultural, social y económica. Y dice que el legislador al diferenciar a los indígenas de los demás ciudadanos respecto de la prestación del servicio militar, procedió razonablemente porque actuó en función de un fin constitucionalmente legítimo, como es “la defensa de las minorías”, cuya debilidad manifiesta justifica una especial protección del Estado, tal como lo prescribe el artículo 13 de la Carta Política.

Y se agrega que el servicio militar obligatorio, al sustraer durante un año a un indígena de su comunidad para que cumpla con sus deberes militares, “puede constituir una amenaza a la preservación de la existencia y la identidad de estos grupos humanos que la Constitución ordena proteger de manera privilegiada, por cuanto la ausencia física de quien presta el servicio puede desestabilizar la vida comunitaria”.

Pero dicha protección, según el fallo, no es para el indígena individualmente considerado, sino para el “indígena en un contexto territorial y de identidad determinado”, con lo cual termina protegiéndose a la comunidad étnica: “El mensaje final de la norma es un estímulo para que el indígena continúe perpetuando su especie y su cultura. Esto explica la doble exigencia establecida por la ley para eximir del servicio militar puesto que la finalidad de la misma es la de proteger al grupo indígena como tal, y por ende proteger a los indígenas que vivan con los indígenas y como los indígenas”.

Y agrega que para los que tienen residencia por fuera de la comunidad o viven de manera “aculturizada”, esta norma no puede entenderse como una “sanción”, “pues el servicio militar ‘no es un mal’ sino un servicio a la patria en virtud de los deberes constitucionales de las personas”.

Incluso, se vincula un argumento que cree resolver satisfactoriamente la paradoja: la norma discriminatoria resulta racional por cuanto implica un estímulo para que el indígena conserve la permanencia en su territorio ancestral y refuerce la identidad con su pueblo, lo cual finalmente comporta una “protección de la etnia”.

Finalmente, la Corte encara el problema de las comunidades indígenas que son nómadas o se desplazan por razones de subsistencia, y aduce que en estos supuestos una interpretación razonable de las normas conduce a las siguientes consideraciones: Para las organizaciones tribales nómadas “la norma debe entenderse en el sentido que el territorio de las comunidades indígenas antecitadas cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos nómadas históricamente ocupan o utilizan”. En este caso el indígena que hace dejación de este “espacio histórico” se estaría privando de la exención del servicio.

Y en lo que se relaciona con el desplazamiento por razones de subsistencia, como la comunidad tiene un territorio delimitado pero también tiene que desplazarse de manera colectiva con fines de caza, pesca y recolección de frutos, la Corte interpreta esta

situación de la siguiente manera: “en estos casos debe entenderse que esos espacios de subsistencia son también ‘territorios’ de la comunidad indígena, *para los solos efectos, y solamente para estos, del artículo 27 de la ley 48 de 1993*” (cursivas nuestras).

En conclusión, la Corte afirma que el “concepto de residencia en el territorio establecido” como requisito para que opere la exención del artículo 27 “debe ser interpretado de manera amplia y no restrictiva”. Y remite a la definición de “tierras” contenida en el artículo 13 del Convenio número 169 de la OIT, ratificado por Colombia por la ley 21 de 1991⁵², “puesto que este, por ser un tratado de derechos humanos sirve como criterio interpretativo de los derechos y deberes establecidos por la Carta (Const. Pol., art. 93)”.

c) Análisis de los diversos argumentos.

1) Toda la razón le asiste al demandante citado en primer lugar cuando afirma que el Estado colombiano, al igual que muchos otros en el mundo, ha sido cómplice de los poderes nacionales e internacionales que han tenido como vocación usurpar las tierras de los pueblos indígenas, y que en tal co-metido han utilizado todos sus aparatos, entre ellos el militar y el judicial, para aniquilar sus culturas, sus organizaciones sociales y economías propias. De allí que insistamos en que no es legítimo establecer diferencias de trato entre comunidades indígenas, según estas tengan o no territorio, y entre sus miembros, según estos permanezcan o no en el mismo.

2) Lo que hemos destacado del texto transcrito de la intervención del Ministerio del Interior, constituye un argumento poderoso para haber solicitado la inexecutable de la norma, por cuanto el mismo permite afirmar un trato discriminatorio sin justificación alguna, dada la identidad de los supuestos y de las razones que dieron origen a la norma cuestionada. No obstante lo anterior, el Ministerio del Interior solicita que la misma sea declarada constitucional.

3) La Corte en este fallo concluye que los espacios de subsistencia son parte del territorio indígena, pues así lo prescribe el artículo 13 del Convenio número 169 de la OIT (ley 21 de 1991), y este, por ser un tratado relativo a los derechos humanos, “sirve como criterio interpretativo de los derechos y deberes establecidos por la Carta”, tal como lo manda el artículo 93 de la misma.

Lo insólito es que afirme que dicho criterio interpretativo solo lo es en relación con la norma aludida, y no con otras como lo son las que regulan el derecho colectivo a la jurisdicción indígena, asunto para el cual la definición del territorio que hace el Convenio número 169 de la OIT, también es válido por mandato del mismo artículo 93 de la Carta Política.

4) En esta sentencia la Corte entra en contradicción con la posición asumida en otras providencias, una de las cuales es la sentencia T-254 de 1994. En ella se acoge la definición de comunidad o parcialidad indígena contenida en el artículo 1º numeral 2, del Convenio 169 de la OIT, “sobre pueblos indígenas y tribales en países independien-

⁵² Dispone tal norma que el concepto de territorio “cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.

tes”, aprobado por la ley 21 de 1991, y con fundamento en el mismo concluye lo siguiente: “Se nace indígena y se pertenece a una cultura, que se conserva o está en proceso de recuperación. La pertenencia a una comunidad indígena no surge de un acto espontáneo de la voluntad de dos o más personas. La conciencia de una identidad indígena o tribal es un criterio fundamental para la determinación de cuándo se está ante una comunidad indígena, de suerte que la mera intención de asociarse no genera este tipo de colectividad”.

Indudablemente en esta tesis hay mayor solidez jurídica, pues hace uso de criterios que realmente se corresponden con la condición de indígena, esto es, el origen (“se nace indígena”) y la identidad cultural (“la conciencia de una identidad indígena”). Pero en nuestro sentir, a diferencia de lo que reputa la Corte en esta providencia, tal condición no desaparece para quien ha nacido indígena, tiene conciencia de dicha identidad y abandona el territorio de su comunidad, así sea de manera provisional, por compromisos laborales, políticos, educativos, recreativos, etc.

C) Los límites materiales de la jurisdicción penal indígena

El artículo 246 de la Carta Política prescribe que las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, “siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes de la República”. A su vez, el artículo 93 del mismo estatuto, incorpora al ordenamiento interno, con máxima jerarquía normativa, los derechos humanos contenidos en tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso. Y uno de dichos convenios es el número 169 de la OIT, que prescribe en su artículo 8º que los pueblos tienen derecho a conservar sus costumbres, su derecho consuetudinario e instituciones propias, “siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”.

Respecto de este universo normativo, que pretende regular identidades culturales y sociales cuya existencia es muy anterior a nuestro Estado, surgen innumerables interrogantes: ¿Cuáles son sus fuentes de legitimación?, ¿cuáles son los derechos fundamentales y las garantías de los mismos, que son inderogables e indisponibles para todo pueblo?, ¿el contenido de tales derechos y garantías es uniforme en todas las sociedades o, por el contrario, varía conforme a las especificidades de cada cultura?, ¿qué criterios han de guiar el juicio de ponderación, para resolver con justicia el conflicto recurrente entre los derechos fundamentales conexos a la autonomía cultural y los derechos humanos positivizados en la Carta Política y en el derecho internacional de los derechos humanos?

Estos interrogantes, tienen directa correlación con los debates actuales relativos al poder, al control social, al derecho y a los derechos humanos. Y en el estado actual de desarrollo de la ciencia política, la criminología, la filosofía del derecho y de la ética, no se cuenta con respuestas definitivas para los problemas que aquí se plantean. Dada entonces la complejidad de estas materias, en este trabajo, apenas alcanzamos a

esbozar algunas respuestas, esperando profundizar en ellas en otra oportunidad más propicia. Lo anterior no es óbice para que expresemos que la perspectiva teórica a la cual le apostamos, es aquella que erige a los derechos fundamentales de la persona humana, en diques y límites infranqueables de los poderes, sean públicos o privados. Y que además comprende que los derechos humanos con jerarquía para tener vigencia en todos los pueblos, es el resultado de un diálogo intercultural, con la participación de todos los protagonistas, en condiciones de horizontalidad e igualdad, y en el que se respeten las diversas opciones valorativas. Probablemente en estas condiciones se pueda llegar a un consenso respecto de contenidos normativos de los cuales pueda decirse que están revestidos de legitimidad política y ética. Una tarea de esta naturaleza todavía está por cumplirse, porque al contrario de lo que muchos piensan, las condiciones antes indicadas no estuvieron presentes cuando se expidió nuestra Carta Política, como tampoco, en el origen del derecho internacional de los derechos humanos.

Este breve inventario de problemas relativos a los límites de la jurisdicción penal indígena, permite dimensionar las dificultades teóricas y políticas que han acompañado a la Corte Constitucional en todos los fallos en que se ha ocupado del asunto. Y es una introducción que reputamos pertinente antes de entrar a cumplir con los objetivos concretos del trabajo, que son: i) describir el marco teórico desde el cual esta corporación ha solucionado los casos sometidos a su estudio; ii) relacionar los fundamentos políticos y jurídicos de las tesis que se han aducido; iii) analizar los casos concretos en donde se han resuelto los conflictos más relevantes de dicha jurisdicción.

Síntesis del marco teórico desde el cual se han fallado los diversos casos por la Corte Constitucional

Dado que en plurales ocasiones la Corte Constitucional ha abordado el problema de los límites materiales de la jurisdicción indígena, consideramos importante relacionar los principales argumentos contenidos en sus fallos, los cuales se tratan de sistematizar para una mejor comprensión de los presupuestos políticos, jurídicos y filosóficos que han inspirado a esta corporación:

1ª. Se reconoce que una parte fundamental de las discusiones éticas, políticas y jurídicas de la actualidad lo constituye el conflicto que puede presentarse entre la obligación para el Estado de respetar el derecho a la pluralidad cultural y étnica, con la obligación de tutela de la "unidad política" y de la defensa de un "mínimo ético" representado por los derechos fundamentales⁵³.

2ª. Se afirma que nuestra Carta Constitucional, "no adopta ni una posición universalista extrema ni un relativismo cultural incondicional". Por una parte, la Carta tiene como "regla general" el respeto a la diversidad étnica y cultural (art. 7º), pero ella

⁵³ Véase sent. C-139 de 1996, magistrado ponente: Doctor Carlos Gaviria Díaz. Igualmente en la sent. T-405 de 1993, magistrado ponente Doctor Hernando Herrera Vergara, se afirma que cuando están en juego las operaciones de seguridad del Estado en proyectos de desarrollo económico que chocan con los intereses indígenas, la pluralidad cultural, que se reputa un "interés particular", debe ceder ante los intereses del Estado, que encarna el "interés general".

misma establece los límites de esta cuando su ejercicio implica el desconocimiento de preceptos constitucionales o legales (arts. 246 y 330)⁵⁴.

Pero como la diversidad étnica y cultural tiene el carácter de principio constitucional, para que una limitación a dicha diversidad esté justificada constitucionalmente, es necesario que se cumplan dos condiciones⁵⁵:

En *primer lugar*, que la medida sea necesaria para salvaguardar un interés de mayor jerarquía, o lo que es lo mismo "que se funde en un principio constitucional de un valor superior al de la diversidad étnica y cultural".

En *segundo lugar*, que del catálogo de restricciones posibles se elija a aquella que sea menos gravosa para la autonomía de las comunidades indígenas. Y para determinar la gravedad de dichas limitaciones, el operador jurídico deberá tener en cuenta "las características específicas de la comunidad de que se trata", dado que no todas tienen una valoración uniforme sobre el asunto.

Y ello se proclama así por cuanto "de lo contrario, se restaría toda eficacia al pluralismo que inspira el texto de la Carta"⁵⁶. Para una mejor comprensión de este discurso, transcribimos lo dicho por la Corte Constitucional en otra oportunidad: "El carácter normativo de la Constitución impone la necesidad de sopesar la importancia relativa de los valores protegidos por la norma constitucional —diversidad, pluralismo— y aquellos tutelados por las normas legales imperativas. Hay un ámbito intangible del pluralismo y de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas que no puede ser objeto de disposición por parte de la ley, pues pondría en peligro su preservación y se socavaría su riqueza, la que justamente reside en el mantenimiento de la diferencia cultural".

3ª. Se afirma que puede existir perfectamente una tensión entre el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural y la consagración de los derechos fundamentales. Ello por cuanto filosóficamente tienen raíces muy diversas, lo cual hace perfectamente posible que entren en contradicción: "Mientras que estos filosóficamente se fundamentan en normas transculturales, pretendidamente universales, que permitirían afianzar una base firme para la convivencia y la paz entre las naciones, el respeto de la diversidad supone la aceptación de cosmovisiones y de estándares valorativos diversos y hasta contrarios a los valores de una ética universal"⁵⁷.

4ª. Consecuente con lo anterior, se proclama la necesidad de defender unos "mínimos universales éticos" que permitan "trascender la especificidad de las diferentes culturas y construir un marco de entendimiento y diálogo entre las civilizaciones".

⁵⁴ Véase sents. T-254 de 1994, magistrado ponente: Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz; C-139 de 1996, magistrado ponente: Doctor Carlos Gaviria Díaz; T-349 de 1996, magistrado ponente: doctor Carlos Gaviria Díaz; SU-510 de 1998, magistrado ponente: Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵⁵ Véase sent. C-139 de 1996 y T-349 de 1996, cuyo magistrado ponente fue el Doctor Carlos Gaviria Díaz.

⁵⁶ Véase sent. C-139 de 1996.

⁵⁷ Sent. T-254 de 1994, magistrado ponente: Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.

Esos “mínimos éticos”, los cree encontrar la Corte Constitucional en las Cartas Internacionales de Derechos Humanos, las cuales han surgido como respuesta a estas necesidades y que, según NORBERTO BOBBIO, constituyen “la más grande prueba histórica que jamás se haya dado del *consensus omnium gentium* sobre un determinado sistema de valores”⁵⁸.

5ª. No existe unanimidad en las sentencias de tutela sobre los derechos fundamentales que constituyen límite a la jurisdicción especial indígena. En la sentencia T-254 de 1994 se dice que tal límite está constituido por la integridad de derechos fundamentales que están consagrados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pues estos configuran un “código universal de convivencia y diálogo entre las culturas y naciones, presupuesto de la paz, de la justicia, de la libertad y de la prosperidad de todos los pueblos”.

En cambio, en la sentencia T-349 de 1996, luego de un estudio de la misma normatividad, se concluye que el núcleo de derechos intangibles que limitan a la jurisdicción indígena está integrado por el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura, pues “únicamente respecto de ellos puede predicarse la existencia de un verdadero consenso intercultural”. A ellos se suman, por expresa exigencia del artículo 246 de la Carta Política, la legalidad del procedimiento, de los delitos y de las penas.

Fundamentos políticos de la posición de la Corte Constitucional

La ciencia y la teoría política han tenido como pregunta central cuáles son los presupuestos, los requisitos necesarios para construir la legitimidad del Estado y del derecho, cuando estos pretenden hacer uso del control social por medio del sistema de justicia penal.

En procura de dar una respuesta, las doctrinas políticas se dividen en dos orientaciones diametralmente opuestas: las primeras fundamentan los sistemas políticos sobre sí mismos, justificando el derecho y el Estado como bienes o valores intrínsecos (Estado-fin); las segundas son las que los fundan sobre valores sociales, encontrando justificadas las instituciones políticas y jurídicas “solo como males necesarios para la satisfacción de intereses vitales de los ciudadanos” (Estado medio)⁵⁹.

A cada uno de los paradigmas de la teoría del Estado, le corresponden sendas teorías que tratan de dar respuesta a la legitimidad del control social del sistema punitivo. De allí que frente a los interrogantes sobre *el porqué, el cuándo y el cómo castigar, prohibir y juzgar*, el pensamiento penalista se halla dividido siempre entre dos orientaciones opuestas:

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Véase a NORBERTO BOBBIO, *El futuro de la democracia*, Barcelona, Plaza y Janés, 1985. Del mismo autor, *Liberalismo y democracia*, Santa Fe de Bogotá, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, núm. 476, 1993; ANTONIO MANUEL PEÑA FREIRE, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, op. cit., cap. II, 1997, págs. 41 y ss.

Por un lado, quienes autojustifican el derecho penal por considerarlo un valor en sí, o como inmediata actuación de valores ontológicos y metajurídicos⁶⁰. La otra orientación se refiere a los que buscan criterios valorativos externos al sistema mismo y lo conciben “como instrumento oneroso de tutela de concretos y vitales intereses de los ciudadanos”.

La categoría política del Estado constitucional de derecho tiene como fuente legitimadora la concepción del *Estado como medio, como instrumento*, de allí que encuentre su legitimación cuando sirve al objetivo de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, conforme a lo cual deviene políticamente ilegítimo, “si nos los garantiza o, más aún, si él mismo los viola”⁶¹. Los derechos fundamentales se conciben aquí como “fundamentales” o “fundantes” de la razón de ser de esa criatura artificial, fabricada por los hombres, que es el Estado⁶².

Lo anterior encuentra correspondencia con la tesis de que los “derechos fundamentales”, por su carácter universal, constituyen un límite indisponible, inenajenable e inderogable para todos los poderes, sean estos públicos o privados, y por tal motivo están sustraídos a las decisiones de la política y del mercado. Por ser FERRAJOLI, quien con claridad y rigor teórico ha expuesto las bases teóricas del garantismo, consideramos necesario citarlo: “... los derechos fundamentales, a diferencia de los demás derechos, vienen a configurarse como otros tantos vínculos sustanciales normativamente impuestos —en garantía de intereses y necesidades de *todos* estipulados como vitales, por eso «fundamentales» (la vida, la libertad, la subsistencia)— tanto a las decisiones de la mayoría como al libre mercado. La forma universal, inalienable, indisponible y constitucional de estos derechos se revela, en otras palabras, como la técnica —o *garantía*— prevista para la tutela de todo aquello que en el pacto constitucional se ha considerado «fundamental». Es decir, de esas necesidades sustanciales cuya satisfacción es condición de la convivencia civil y a la vez causa o razón social de ese artificio que es el Estado”⁶³.

⁶⁰ Sobre esta materia, dice FERRAJOLI, que en la modernidad, gracias a la secularización de las instituciones políticas y jurídicas, el conjunto de doctrinas que configuran este paradigma fundamentan desde arriba su legitimación política. En estas ideologías el principio de legalidad tiene una doble dimensión: es, a la vez un principio jurídico interno y un principio axiológico externo, lo cual confiere a las leyes valor —y no solo validez o vigencia—, exclusivamente con fundamento en el valor asociado apriorísticamente a su *forma* o, peor aún, a su *fuerza* (soberano, asamblea, *duce*, partido, pueblo o similares) (*Derecho y razón*, op. cit., pág. 881).

⁶¹ LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón*, op. cit., 1995, págs. 880 y 881.

⁶² *Ibidem*, págs. 882 y 883.

⁶³ LUIGI FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, op. cit., 1999, pág. 51. En otra parte, este mismo autor expresa: “La primera regla de todo pacto constitucional sobre la convivencia civil no es, en efecto, qué se debe decidir sobre todo por mayoría, sino qué no se puede decidir (o no decidir) sobre todo, ni siquiera por la mayoría. Ninguna mayoría puede decidir la supresión (o no decidir la protección) de una minoría o de un solo ciudadano. En este aspecto el Estado de derecho, entendido como sistema de límites sustanciales impuestos legalmente a los poderes públicos en garantía de los derechos fundamentales, se contraponen al Estado absoluto, sea autocrático o democrático. Incluso la democracia política más perfecta, representativa o directa, sería un régimen absoluto y totalitario si el poder del pueblo fuese en ella

Es esta la concepción presente en la actual Constitución Política colombiana, la cual, al postular el Estado social y democrático de derecho, reconoce que este es un simple medio, cuyo fin último es el servicio de los derechos fundamentales del ser humano⁶⁴.

Este marco filosófico y político es el que la Corte Constitucional asume como vigente y válido para la jurisdicción indígena, tanto cuando dicha potestad la ejercen las autoridades indígenas o la comunidad en asambleas generales.

Análisis de los casos concretos solucionados por la Corte Constitucional.

1. El bien jurídico como límite constitucional al ejercicio del "ius puniendi".

En la sentencia C-139 de 1996, se encara el problema que se suscita con el artículo 5 de la ley 89 de 1890⁶⁵, el cual reconoce la facultad para las comunidades indígenas de criminalizar las meras "faltas morales".

a) *Argumentos de la sentencia.* La Corte desde un comienzo advierte que tal norma comporta transgresión al principio del bien jurídico y al principio de legalidad, pero declara legítima tal disposición porque considera que el esquema jurídico de separación tajante entre la moral y el derecho, predominante en la sociedad colombiana, no tiene igual vigencia entre los destinatarios de dicha norma, esto es, los integrantes de los pueblos indígenas. Conforme con ello opta por respetar la particular cosmovisión de sus conflictos y controles sociales: "La posibilidad de señalar sanciones por faltas contra la moral, entendida esta como el conjunto de usos y costumbres de la comunidad, no contraría las disposiciones de la Constitución Política. Por el contrario, es un desarrollo del campo de autonomía amplio otorgado a las comunidades por los artículos 7º y 246 de la Carta con el fin de preservar los usos y costumbres de estas. Los desbordamientos de ese campo de autonomía y la afectación de derechos y principios constitucionales prevalentes, como se afirmó anteriormente, deben ser solucionados a través de las directrices generales establecidas por el legislador (Const. Pol., art. 246) y de las decisiones judiciales que resuelvan los conflictos suscitados en cada caso concreto".

b) *Análisis de la sentencia.*

1) El principio del bien jurídico es denominador común a toda la cultura penal ilustrada. El axioma que lo expresa es que no se pueden crear delitos ni irrogar penas que no tengan su fundamento en la existencia de un bien jurídico. Y con fundamento en él se le impone a la ciencia y a la práctica jurídica la carga de demostrar cuál es la relación social concreta objeto de protección, y si la misma está necesitada, es merecedora

ilimitado. Sus reglas son sin duda las mejores para determinar quién puede decidir y cómo debe decidir, pero no bastan para legitimar cualquier decisión o no decisión..." (LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón*, op. cit., párg. 57.4, págs. 864 y ss.; párg. 59, 1995, págs. 880 y ss.).

⁶⁴ Véase Preámbulo y art. 1º de la Const. Pol.

⁶⁵ Dicho artículo reza así: "Artículo 5º. 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".

y susceptible de la tutela por medio del control social formalizado como lo es el derecho penal⁶⁶.

Su amplia estima se halla en que garantiza la tutela más amplia de la libertad y el respeto a la pluralidad de las diversas opciones de vida, porque obliga a circunscribir lo que es objeto de tutela penal a las relaciones sociales fundamentales, esto es, las condiciones básicas de existencia de la vida en sociedad. Por ello, durante su vigencia, nunca podrán tener legitimidad la criminalización de conductas humanas que comportan el ejercicio de las libertades fundamentales (expresión, asociación, pensamiento, libre desarrollo de la personalidad, etc.), las finalidades puramente ideológicas, las meras inmoralidades, e incluso, tampoco la podrían tener tipos penales que pretendan entronizar la desigualdad entre los seres humanos⁶⁷.

Luego de esta breve aproximación al concepto y a la razón del principio dentro de nuestra cultura, procedemos a valorar la decisión. De ella tenemos para expresar que la compartimos, porque resulta indudable que el artículo 5º de la ley 89 de 1990 vulnera el principio del bien jurídico, al permitir que dentro del sistema penal indígena se establezcan como ilícitos penales las "faltas morales". Pero como lo expresa el fallo analizado, los límites construidos por la democracia liberal son propios de nuestra cosmovisión y no pueden ser impuestos coactivamente a formas culturales cuya estructuración social es diferente. De allí que debamos dejar que la interacción cultural les permita a los pueblos indígenas determinar si esta garantía es o no necesario incorporarla a sus formas de control, sobre todo en la que tiene contenido punitivo.

Compartimos también del fallo analizado el aserto de que la normatividad internacional no permite concluir que el "bien jurídico" sea una garantía cuya observancia sea obligada en la jurisdicción indígena, porque no hace parte de los "mínimos éticos" que debe respetar toda organización social.

Finalmente, el juicio de ponderación debe privilegiar, en este caso, la particular cosmovisión que tienen las etnias minoritarias de sus conflictos y controles sociales, de allí que compartamos la declaratoria de exequibilidad de la norma en cuestión⁶⁸.

2) En relación con nuestro ámbito cultural es preciso afirmar que el bien jurídico poco ha servido para la construcción de diques y límites del *ius puniendi*, pues el

⁶⁶ Véase a FERNANDO VELÁSQUEZ V., *Derecho penal, Parte general*, op. cit., 1997, págs. 280 a 282; ARMANDO LUIS CALLE CALDERÓN y JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, "El delito de interés ilícito en la celebración de contratos. Bien jurídico y estructura típica a partir de la constitución de 1991", en *Estudios de Derecho*, núm. 128, Medellín, Universidad de Antioquia, 1997, pág. 354; JUAN BUSTOS RAMÍREZ y HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de derecho penal*, vol. I, Madrid, Edit. Trotta, 1997, págs. 69 y 78;

⁶⁷ HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, Barcelona, PPU, 1991, págs. 151 y ss.; CLAUDIA ROXIN, *Derecho penal, Parte General*, Madrid, Edit. Civitas, 1997, págs. 56 y 57; JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Principios y normas rectoras del derecho penal (Introducción a la teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho)*, Santa Fe de Bogotá, Edit. Leyer, 1998, págs. 54 y 55.

⁶⁸ Sobre la necesidad de interpretar el contenido de los principios en el contexto cultural del que forman parte, y sobre la pertinencia del juicio de ponderación como única forma para resolver los conflictos que se presentan entre ellos, véase a GUSTAVO ZAGREBELSKI, *El derecho dúctil*, Madrid, Edit. Trotta, 1995, pág. 125.

carácter normativo y artificial que ostenta el concepto, producto de procesos consensuales precarios o de relaciones de dominación, lo han hecho ampliamente susceptible de manipulaciones y perversiones. Y este juicio crítico es procedente vincularlo a nuestro derecho penal positivo, en donde son plurales los ejemplos⁶⁹.

2. Prohibición de penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes

En la sentencia T-349 de 1996 se enfrenta este conflicto en relación con la pena del cepo.

a) *Argumentos de la sentencia.* Se trata en el caso estudiado de un indígena a quien se le imputa el homicidio de un miembro de su comunidad, hecho para el cual las normas ancestrales prevén la sanción del cepo. La Corte considera que tal pena no comporta trato cruel e inhumano, con los siguientes argumentos:

En primer lugar, es una forma de pena corporal que hace parte de su tradición y que "la misma comunidad considera valiosa por su alto grado intimidatorio y su corta duración".

En segundo lugar, no obstante que la pena del cepo implica rigores físicos, la misma se aplica de manera que no se produce ningún daño en la integridad del condenado.

En tercer lugar, se reputa que es oportunista la alegación de trato cruel e inhumano por parte del demandante, lo cual se infiere del hecho de que fue dirigente de la comunidad en fechas pretéritas y no aprovechó esta oportunidad para influir en la comunidad con el fin de eliminar esta sanción.

Con fundamento en estas consideraciones concluye la Corte en la sentencia analizada que "ni se trata de un castigo desproporcionado e inútil, ni se producen con él daños físicos o mentales de alguna gravedad".

b) Análisis de la sentencia.

1) Una de las razones para declarar la exequibilidad de la pena del cepo es que ella no comporta quebranto serio a la integridad física ni psíquica del condenado. En ello la Corte puede tener razón, pero en nuestro sentir el análisis no se pudo haber circunscrito a verificar si la pena era cruel, pues también era preciso determinar si tenía la condición de degradante. Por las investigaciones antropológicas que se conocen, no parece ser que dicha pena esté revestida de este contenido dentro de las comunidades indígenas, pero en caso de que lo fuera, consideramos que deviene inconstitucional.

2) Otro argumento al que acude la Corte es la utilidad de tal pena por su alto valor intimidatorio (prevención general intimidatoria). Para nosotros este es un argu-

⁶⁹ Entre ellos, la regulación del aborto consentido, la bigamia, la inasistencia alimentaria, las contravenciones especiales, los tipos de sospecha. En estos casos, la relación social carece de merecimiento de tutela penal, y además, el derecho penal es inidóneo para brindarla. Por esta razón, es válido decir con M. E. MAYER que "si el legislador se niega a reconocer su incapacidad, expone el orden jurídico a sufrir derrotas, se presenta como un general incompetente en misiones para las que no están preparadas sus tropas" (cit. por FRANCISCO MUÑOZ CONDE y MERCEDES GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, pág. 76). Véase también, a WINFRIED HASSEMER y FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, pág. 21.

mento carente de respaldo empírico y es inmoral, razones más que suficientes para descartarlo como criterio de legitimación de cualquier pena.

Lo primero, porque concibe la ley penal y la irrogación de la pena como un mensaje disuasivo dirigido a crear una contramotivación a los potenciales transgresores, y esta es una hipótesis empírica respecto de la cual existe la certidumbre de que no está verificada ni es verificable⁷⁰. Y como modelo utilitario de justificación de la pena, es necesario para declarar su validez, que se demuestre que la misma efectivamente es un medio que cumple con los fines u objetivos que se pregonan de ella⁷¹.

Además, como lo destaca FERRAJOLI, la idea de la función preventiva por medio de la ejecución de la *pena ejemplar*, queda expuesta, como ninguna otra teoría utilitarista, a la objeción kantiana según la cual ninguna persona puede ser utilizada como un medio para fines que le son ajenos, por sociales y loables que sean. Es, por lo tanto, una justificación inmoral. Igualmente, una concepción semejante sobre el fin de la pena, legítima intervenciones punitivas guiadas por la máxima severidad y, sobre todo, desprovistas de cualquier certeza o garantía. Una práctica penal informada por la función disuasoria de la *pena ejemplar* puede desembocar en castigos discrecionales y desiguales, dependientes de la "alarma social" o de conveniencias políticas, lo que comporta erigir al condenado en "chivo expiatorio" y la reducción de la razón jurídica a la razón política o de Estado, que siempre tiene como resultado el "terrorismo penal"⁷².

En cuanto a la prevención general mediante la *amenaza abstracta de pena* contenida en la ley penal, tampoco se sustrae a la objeción kantiana ya aludida; igualmente, no asegura criterios de justicia ni limitaciones externas que frenen su tendencia al derecho penal máximo o, lo que es lo mismo, al "terrorismo penal legislativo": la amenaza penal será más eficaz cuanto más elevadas y severas sean las penas con las cuales se amenaza; cada delito cometido evidencia que el culpable no ha tenido miedo de la pena, lo que demuestra que para infundir temor es necesario incrementar su severidad⁷³.

3) Consideramos desafortunado el argumento de que el actor fue oportunista, porque pretende que se le inaplique la pena cuando antes tuvo la oportunidad de haber influido en la comunidad para eliminar tal pena y no lo hizo. Si la pena del cepo afrentara la dignidad humana, el carácter fundamental de este derecho lo hace indisponible para cualquier persona, por lo tanto ninguna actuación precedente de la misma puede

⁷⁰ Véase a ALESSANDRO BARATTA, "Viejas y nuevas estrategias de legitimación del sistema penal", en *Poder y control*, núm. 0, Barcelona, PPU, 1986, pág. 85; del mismo (1991): "Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica", en *Pena y Estado*, núm. 1, Barcelona, PPU.

⁷¹ Véase a ALESSANDRO BARATTA, "Viejas y nuevas estrategias...", *op. cit.*, 1986, págs. 80 y 82; W. HASSEMER, "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", en *Pena y Estado*, núm. 1, PPU, Barcelona, 1991, pág. 31; LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón*, *op. cit.*, parg. 20, 1995, págs. 258 a 264.

⁷² LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón*, *op. cit.*, 1995, pág. 276.

⁷³ *Ibidem*, parg. 22.3-4, págs. 277 a 279. Con toda razón sostiene este mismo autor que "aunque la total ineficacia de las penas sea suficiente para deslegitimarlas, su eficacia no lo es para legitimarlas ni tampoco para delimitar su medida" (*ibid.* pág. 280).

ser una limitante para aducir su inconstitucionalidad y para declararla en caso de que se comprueben los presupuestos para ello.

4) Finalmente, resultaría en verdad paradójico que la Corte Constitucional hubiera afirmado la ilegitimidad de la pena del cepo cuando, por otro lado, ha declarado la exequibilidad de la pena de sesenta años de prisión, aduciendo que ni es pena irredimible, ni perpetua⁷⁴. Y todo esto con el agravante de que conoce la realidad de la ejecución de esta pena, al punto de aseverar que es un “estado de cosas inconstitucional”, por comportar una monstruosa agresión a la dignidad de las personas privadas de su libertad.

3. La plena vigencia del debido proceso

El tema del debido proceso en la jurisdicción indígena, fue encarado en la sentencia T-349 de 1996.

a) *Argumentos de la sentencia.* Se comienza afirmando la vigencia en la jurisdicción indígena del principio de legalidad del procedimiento, de los delitos y de las penas, por considerarse con razones muy válidas que tal exigencia se infiere del tenor del artículo 246 de la Carta Política, ya que este “taxativamente se refiere a que el juzgamiento deberá hacerse conforme a las “normas y procedimientos” de la comunidad indígena, lo que presupone la existencia de las mismas con anterioridad al juzgamiento de las conductas⁷⁵.”

Pero lo más importante es la aseveración de que el principio del “debido proceso”, debe interpretarse de conformidad con los valores que informan la concreta comunidad indígena de que se trate, porque de no procederse así, terminaríamos vulnerando el derecho a la autonomía cultural: “... la exigencia en este caso no puede ir más allá de lo que es necesario para asegurar la previsibilidad de las actuaciones de las autoridades; de otra manera, el requisito llevaría a un completo desconocimiento de las formas propias de producción de normas y de los rituales autóctonos de juzgamiento, que es precisamente lo que pretende preservarse...”.

Y posteriormente se agrega: “Aunque parecería extraña a la mentalidad de los embera-chamí una noción como la de “debido proceso”, es pertinente aludir a ella en el caso *sub lite*, pues consta en el estudio antropológico, que obra en el proceso, que la comunidad repudia y castiga los abusos de quienes ejercen la autoridad, lo que implica

⁷⁴ Véase sent. C-565 de 1993. Por la perversidad analítica del argumento aducido, merece citarse: “Lo perpetuo es lo intemporal y si la ley señala un número determinado de años para una pena, mal podría hablarse de que sea perpetua”.

⁷⁵ En el mismo sentido la sent. T-254 de 1994, en la cual se afirma que el derecho fundamental al debido proceso constituye un límite jurídico-material de la jurisdicción especial que ejercen las autoridades de los pueblos indígenas (C. P., art. 246). El debido proceso se encuentra consagrado en el art. 29 de nuestra Carta, y la Corte considera que su contenido no puede ser otro que la plena vigencia y el respeto de las garantías y derechos que permiten afirmar que es “debido”, esto es, legítimo: los principios de legalidad, de imparcialidad, de juez competente, de publicidad, de presunción de inocencia y de proporcionalidad de la conducta típica y de la sanción, así como los derechos de defensa y contradicción. El desconocimiento de cualquiera de estas garantías constitucionales para el juzgamiento y la sanción, constituye una vulneración del derecho fundamental al debido proceso.

una censura a la arbitrariedad, y es esa la finalidad que persigue el debido proceso. Naturalmente, dentro del respeto a su cultura, dicha noción hay que interpretarla con amplitud, pues de exigir la vigencia de normas e instituciones rigurosamente equivalentes a las nuestras, se seguiría una completa distorsión de lo que se propuso el constituyente al erigir el pluralismo en un principio básico de la Carta”.

Esta misma consideración aplica la Corte en este fallo cuando aborda el estudio del *derecho de defensa*. En dicha comunidad la sentencia la emitió una reunión general (“de todos”), con participación de la familia de la víctima y el victimario, y como en la misma no estuvo presente el procesado, la Corte consideró que su derecho a la defensa fue válidamente asumido por sus parientes⁷⁶.

b) *Análisis de la sentencia.* Queremos llamar la atención no tanto sobre el fallo, cuyos fundamentos y conclusiones compartimos, sino sobre el hecho de que lo profiera una corporación cuyos miembros en su totalidad pertenecen a una cultura, si bien mayoritaria, muy diferente a la que tienen la generalidad de los pueblos indígenas. En tales condiciones, resulta sumamente difícil garantizar el respeto a la autonomía cultural, cuando la valoración de la legitimidad de las instituciones de la jurisdicción penal indígena se hace a partir del parangón con los contenidos que una sola cultura le da a los derechos y garantías consagradas en la Carta Política. Esta tesis es igualmente suscrita por SÁNCHEZ, quien afirma: “La Corte se encuentra en el incómodo papel de fallar sobre sistemas y formas de ver el mundo que no comprende y, pese a sus esfuerzos, no ha podido asumir una posición neutral, tal vez porque no es posible hacerlo. Nadie puede desprenderse de su cultura, pues ello es equivalente a arrancarse la piel (...). Además, no es un juez blanco —ni unipersonal ni colectivo— el llamado a definir las reglas de las relaciones interculturales. Estas si se pretenden respetuosas de la diversidad, deben ser elaboradas tras un proceso de diálogo y concertación entre los actores involucrados. Un proceso así toma tiempo, y no son los tribunales los espacios apropiados para su desarrollo”⁷⁷.

Por todas estas razones afirmamos que el problema que suscita la valoración de cuándo una institución del derecho indígena comporta o no un quebranto a los “derechos fundamentales”, es una tarea que debe estar precedida de un diálogo multicultural,

⁷⁶ El argumento es el siguiente: “Otro tanto puede decirse del derecho de defensa, que no existe para ellos tal como nosotros lo entendemos, pues no son valores individuales los que dentro de su cosmovisión se protegen prioritariamente. En cambio, es esencial para ellos el mantenimiento de la paz, bien que se quebranta con un hecho como el homicidio, que puede implicar un conflicto entre familias, el cual solo puede prevenirse mediante un acuerdo entre los patrilinajes acerca de la intensidad y duración de la pena, condición que se presenta como necesaria para la legitimidad de la misma. Fue la necesidad de ese acuerdo, justamente, la que determinó que se realizara el segundo juzgamiento por parte de toda la comunidad, pues en el juicio realizado en el Cabildo se había omitido ese requisito esencial. Hay que asumir, entonces, que los intereses del sindicado están representados por sus parientes y, de ese modo, su intervención constituye un sucedáneo del derecho de defensa, que en la filosofía política liberal (que informa nuestra Carta) se endereza a la promoción de valores estrictamente individuales”.

⁷⁷ Véase a BEATRIZ EUGENIA SÁNCHEZ, “La jurisprudencia indígena ante la Corte Constitucional”, *op. cit.*, 1998, págs. 352 y 353.

el cual debe realizarse en condiciones de mutuo respeto y horizontalidad entre todas las culturas. Con este presupuesto, muy probablemente se den las bases para aproximarse al ideal, esto es, que el control constitucional sea la competencia de tribunales de origen pluricultural.

Y para que nos percatemos de la complejidad de los problemas que debería resolver un tribunal con estas características, basta con señalar que ni siquiera entre quienes hoy hacen parte de la cultura mayoritaria, hay consenso sobre la naturaleza, jerarquía y contenido de derechos fundamentales, lo cual ha facilitado en muchas ocasiones que el sentido prístino garantista que han tenido dentro de nuestra cultura ilustrada, se haya degradado al punto que se termine aniquilamiento su valor como límites al ejercicio del *ius puniendi*. Nuestra historia legislativa y de control constitucional, infortunadamente es prolífica en situaciones de este tenor⁷⁸.

4. Principio de la responsabilidad individual, de la individualidad y proporcionalidad de la sanción punitiva

En la sentencia T-254 de 1994 se estudió el caso de una comunidad indígena, que impuso como sanción contra el infractor, la expulsión de este y de su grupo familiar de las tierras de la comunidad indígena.

a) *Argumentos de la sentencia.* La Corte consideró que la pena trascendió a la persona del infractor y cobijó a un grupo de personas, completamente inocentes, como lo era su grupo familiar. Por este motivo la pena se evidencia como absolutamente “desproporcionada” y manifiestamente contraria a los tratados internacionales sobre derechos humanos, en particular a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 5º-2 establece que “la pena no puede trascender la persona del delincuente”. Se dice también que las sanciones o penas colectivas son contrarias al principio de que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa...” (Const. Pol., art. 29). Finalmente, la ley penal se erige sobre el principio de responsabilidad individual, que supone el juzgamiento del acusado y el respeto del principio de presunción de inocencia. Todos ellos son “presupuestos esenciales del poder sancionatorio del Estado o de los particulares que excepcionalmente ejercen funciones jurisdiccionales”.

Merecen especial atención los argumentos que acoge la Corte Constitucional en este caso, para diferenciar los eventos en que la pena afecta a terceros, de los que estos son directos destinatarios de la misma: “Ordinariamente la imposición de una pena, no

⁷⁸ Como ejemplo de lo denunciado, basta con mencionar lo acontecido con derechos y garantías, como el debido proceso, el juez natural, la defensa técnica, la presunción de inocencia, y el principio de legalidad. Si revisamos las normas penales expedidas a partir de la Carta Política de 1991, podemos afirmar que con ellas se ha entronizado una política criminal que desprecia los derechos y garantías antes mencionados, lo cual ha contado infortunadamente con el aval de la Corte Constitucional. Como ejemplos de lo afirmado, tenemos: los procedimientos breves y sumarios; los procedimientos especiales; los fueros con finalidad institucional de garantizar la impunidad; los jueces y fiscales sin rostro; los “ciudadanos honorables” o estudiantes de derecho, como garantes de la defensa técnica; la detención preventiva, incluso como política general; los tipos de sospecha.

obstante su individualización, puede materialmente afectar a terceros, ajenos a la infracción, y no por ello esta deja de tener validez. La expulsión del miembro de una comunidad indígena como medida sancionatoria, sin embargo, tiene una particularidad que exige considerar sus efectos frente a su familia. Las secuelas de la pena, en este caso, revisten mayor gravedad y fácilmente se traducen en punición para los miembros de la familia. Para ellos, la expulsión acarrea la completa ruptura de su entorno cultural y la extinción de su filiación antropológica; de otro lado, la consiguiente y forzosa inserción en un marco cultural diferente, supone la alteración radical de su modo de vida y la necesidad de interactuar en condiciones de inferioridad. Desde el punto de vista de la comunidad indígena, la pérdida de miembros, vista su condición minoritaria, no contribuye a su objetiva conservación”.

b) *Análisis de la sentencia.* Queremos llamar la atención sobre el *plus* argumentativo que vincula la Corte Constitucional para encontrar ilegítima la sanción de expulsión del territorio a los miembros del grupo familiar del sancionado. Para llegar a esta conclusión, bastaba con el argumento de que la expulsión de la familia constituía un quebranto al debido proceso y al principio de responsabilidad individual. Pero no lo reputó suficiente y además afirmó que la expulsión “acarrea la completa ruptura de su entorno cultural y la extinción de su filiación antropológica; por otro lado, la consiguiente y forzosa inserción en un marco cultural diferente, supone la alteración radical de su modo de vida y la necesidad de interactuar en condiciones de inferioridad”. Si se ha de prohijar este argumento, son pertinentes las siguientes consideraciones críticas a la sentencia:

En *primer lugar*, las consecuencias tan gravosas para la familia que aquí se describen, constituyen también un argumento poderoso y suficiente para afirmar que la pena de expulsión del territorio de la comunidad, respecto de personas que efectivamente han violado las leyes indígenas, es a todas luces desproporcionada y, por tanto, constitucionalmente ilegítima. Si es válida esta afirmación, pierde apoyo constitucional el juicio de validez de la expulsión del territorio del indígena a quien se le imputó la conducta ilícita.

En *segundo lugar*, estas mismas consecuencias se generan cuando el sistema jurídico nacional sanciona con las penas previstas en el mismo —privativas de la libertad en casi todas las ocasiones—, a los indígenas que han recibido el influjo de la “cultura mayoritaria”. En estos casos, la pena igualmente resulta desproporcionada, con el agravante de que la comunidad se ve privada de uno de sus miembros, afectándose así su conservación por tener la condición de grupo minoritario. Este argumento, sirve también para impugnar la tesis de la Corte Constitucional, prohijada en diversos fallos⁷⁹, en el sentido de que el sistema de justicia estatal es el competente para juzgar al indígena “aculturado” que ha realizado conductas delictivas por fuera del territorio de su comunidad.

⁷⁹ Véase, *supra*, II.A.1.

5. El principio de legalidad de las penas

Entre otras, el conflicto que se suscita con la especificidad del derecho indígena y el principio de legalidad, fue abordado en la sentencia T-349 de 1996.

a) *Argumentos de la sentencia.* El principio de legalidad, dentro de nuestra cultura, ha exigido para su cabal desarrollo la expresa consagración escrita, clara y taxativa del supuesto de hecho y de la sanción. La Corte encuentra en ello una garantía: "para que los asociados tengan un mínimo de certeza respecto de la actuación de las autoridades". Pero tal exigencia no resulta razonable para la comunidad indígena, según la Corte, porque esta es relativamente pequeña, "en la que el grado de integración social es mucho más alto que el de nuestra sociedad".

Luego de las consideraciones precedentes se procede a indicar que la comunidad analizada tradicionalmente le ha asignado al delito cometido por el actor —un homicidio—, tres años de trabajo forzado y cepo. Por otro lado, la Corte considera válido que la comunidad hubiera enviado a la jurisdicción ordinaria el proceso para que esta asumiera el conocimiento del mismo. Y teniendo dichas alternativas, se le impuso al condenado una pena extraña a la tradición de dicha comunidad, esto es, "una pena privativa de la libertad que debería cumplir en una cárcel 'blanca'...".

Se aduce además que el condenado tenía derecho a que la sanción impuesta correspondiera a una de las dos alternativas: la prevista en su comunidad o la que establece el derecho positivo nacional. Como la comunidad hizo una simbiosis de ambas, la misma deviene ilegítima y de allí la invalidación de la condena impuesta por la Asamblea General de Cabildos.

b) *Análisis de la sentencia.* Consideramos que el principio de legalidad de los delitos y de las penas ha de interpretarse de conformidad con las características especiales que ostentan las diversas etnias, en donde difícilmente se encontrará alguna que tenga un código escrito que determine en forma taxativa e inequívoca los "hechos punibles" y las sanciones para los mismos, por cuanto su derecho es fundamentalmente consuetudinario, esto es, no escrito, construido por la costumbre, por la tradición. En esto compartimos la posición suscrita por la Corte en este fallo.

Pero en lo que sí discrepamos con ella es en que, luego de afirmar que dentro del derecho indígena debe existir una norma, así no sea escrita, que regule la conducta y establezca una pena para la misma, exigencia que es consecuente con el contenido del principio de legalidad, termine autorizando que el proceso se ventile de conformidad con el ordenamiento jurídico nacional, cuando se trata de hechos ocurridos en el territorio del resguardo y en el cual están involucrados dos indígenas pertenecientes a dicha comunidad.

Esta decisión, sin lugar a dudas, a la vez que viola la garantía del "juez natural", niega uno de los fundamentos del principio de legalidad, el cual consiste en la posibilidad para el ciudadano de conocer lo que espera de las autoridades, esto es, cuál de estas autoridades lo juzgará, mediante qué forma de juicio y bajo qué régimen punitivo.

6. Tutela de la vida frente a los riesgos generados en el ejercicio de la medicina por brujos, chamanes o curanderos de las comunidades indígenas

De este tema se ocupa la Corte Constitucional en la sentencia C-377 de 1994, en la que se avoca el estudio de constitucionalidad de la ley 14 de 1962, "Por la cual se dictan normas relativas al ejercicio de la medicina y cirugía", que en su artículo 2º, establece que solo podrán ejercer la medicina y la cirugía, "quienes hayan adquirido título de médico y cirujano expedido por alguna de las Facultades o Escuelas Universitarias reconocidas por el Estado y que funcionen o hayan funcionado legalmente en el país".

a) *Argumentos de la sentencia.* La Corte comienza con el análisis de la facultad que le asiste al legislador para exigir títulos de idoneidad (Const. Pol., art. 26). En el caso de los médicos y los cirujanos, el título es la prueba de que quien lo posee, es científicamente idóneo para ejercer su profesión, la cual tiene directa relación con intereses de otras personas, y por ello son intereses colectivos que el Estado está en la obligación de tutelar⁸⁰.

A renglón seguido se afirma que dicha reglamentación no cobija a los integrantes de las comunidades indígenas que ejercen dentro de ellas, conforme a sus conocimientos ancestrales, procedimientos que comportan "la aplicación de medios y conocimientos para el examen, diagnóstico, prevención, tratamiento y curación de las enfermedades, así como para la rehabilitación de las deficiencias o defectos, ya sean físicos, mentales o de otro orden que afecten a las personas o que se relacionen con su desarrollo y bienestar".

La argumentación que se aduce para ello, es la necesidad del respeto a la autonomía étnica y cultural de dichas comunidades: "Todo lo dicho no implica que en algunos grupos especiales, tales como las tribus indígenas, no puedan existir brujos, chamanes o curanderos que se dediquen a su oficio según sus prácticas ancestrales. Su actividad está protegida por el artículo 7º de la Constitución, que asigna al Estado la obligación de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural".

b) *Análisis de la sentencia.* El ejercicio de la medicina, no asistido de la ciencia y la formación académica, puede generar riesgos sociales para bienes jurídicos de mayúscula trascendencia como lo son la vida y la salud. Y a pesar de la importancia de los intereses en juego, según la Corte, el sistema jurídico nacional debe claudicar en su pretensión de control del ejercicio de la medicina dentro de las comunidades indígenas,

⁸⁰ En aval de lo antes expuesto, se trae a colación la sent. C-226 de 1994, con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero, en la cual se expresó: "En ese orden de ideas, las fronteras que demarcan el derecho de ejercicio de una profesión son el respeto por los derechos ajenos y la protección de los riesgos sociales. Esto explica que la Constitución autorice formas de regulación de las profesiones y de ciertos oficios como reconocimiento de la necesaria formación académica y riesgo de carácter social de estas actividades (...) tales regulaciones solo son legítimas constitucionalmente si se fundamentan de manera razonable en el control de un riesgo social, y no se traducen en una restricción desproporcionada o inequitativa del libre ejercicio de las actividades profesionales o laborales". Véase, además, sobre el mismo asunto, la sent. T-408 de 1992, magistrado ponente Doctor José Gregorio Hernández Galindo.

cuando lo hacen las personas a las que ancestralmente la comunidad atribuye idoneidad para ello (chamanes, curanderos, etc.), las cuales, si las valoramos según nuestros baremos científicos, nunca tendrían idoneidad para tal ejercicio.

En este caso concreto, el juicio de ponderación entre la vida o la salud y el derecho a la autonomía cultural, favoreció a este último. Y este antecedente nos legitima para formular el siguiente interrogante: ¿si intereses tan importantes como los derechos personales —cuya jerarquía es innegable y por ello son fundamento de todos los demás derechos—, en la balanza de la ponderación pierden ante el derecho a la diversidad cultural, por qué la Corte Constitucional, cuando se trata de intereses de mucha menor importancia que la vida o a la salud, los hace prevalecer sobre la autonomía cultural, denegando la competencia de la jurisdicción indígena?

Epílogo:

JESÚS MARÍA VALLE JARAMILLO, maestro en oratoria y en ética profesional enseñó que el intelectual latinoamericano que quiera ser consecuente con nuestra historia, tiene que ser un combatiente de día y noche, festivos y horas extras, por la dignidad del ser humano. La única servidumbre que le está permitida es la que lo ata a las luchas de los pueblos por conquistar la vigencia integral de los derechos humanos. Por eso, cualquiera que sea su papel académico o profesional, debe ayudar a construir universos sociales, políticos y normativos, en los que tengan cabida todas las voces y se allanen las necesidades radicales de todos. Esperamos entonces haber estado a la altura de las enseñanzas del maestro.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- AA.VV. (s. f.): *VI Congreso Nacional de Antropología. Memorias del simposio de Antropología Jurídica: Normas formales-Costumbres legales*, Santa Fe de Bogotá.
- AA.VV.: *Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas. La jurisdicción especial indígena*, Santa Fe de Bogotá, Ministerio de Justicia y del Derecho y Ministerio del Interior-Dirección General de Asuntos Indígenas, 1997.
- ALEXU, ROBERT: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BARATTA, ALESSANDRO: "Viejas y nuevas estrategias de legitimación del sistema penal", trad. de Xavier Nogués i Tomàs, revisada por R. Bergalli, en *Poder y control*, núm. 0, Barcelona, PPU, 1986.
- "Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica", trad. de Mauricio Martínez Sánchez, en *Pena y Estado*, núm. 1, Barcelona, PPU, 1991.
- BAUMANN, JÜRGEN: *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales*, trad. de Conrado A. Finzi, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1986.

- BENÍTEZ, HERNÁN DARÍO: *Tratamiento jurídico penal del indígena colombiano. ¿Inimputabilidad o inculpabilidad?*, Bogotá, Edit. Temis, 1988.
- BOBBIO, NORBERTO: *El futuro de la democracia*, Barcelona, Plaza y Janés, 1985.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN: *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1982.
- *Manual de derecho penal*, Parte general, 4ª ed., aumentada, corregida y puesta al día por HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE, Barcelona, PPU, 1994.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN y HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE: *Lecciones de derecho penal*, vol. I, Madrid, Edit. Trotta, 1997.
- CALLE CALDERÓN, ARMANDO LUIS y JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, "El delito de interés ilícito en la celebración de contratos. Bien jurídico y estructura típica a partir de la constitución de 1991", en *Estudios de derecho*, núm. 128, Medellín, Universidad de Antioquia, 1997.
- DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA: *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, trad. de César Rodríguez, Santa Fe de Bogotá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Nacional de Colombia-ILSA, 1998.
- ESTRADA VELEZ, FEDERICO: *Derecho penal*, Parte general, 1ª ed., Bogotá, Edic. Librería del Profesional, 1981.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN: *Derecho penal fundamental*, t. II, Bogotá, Edit. Temis, 1989.
- *Principios y normas rectoras del derecho penal (Introducción a la teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho)*, Santa Fe de Bogotá, Edit. Leyer, 1998.
- FERRAJOLI, LUIGI: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Edit. Trotta, 1995.
- *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Edit. Trotta, 1999.
- GIMENO SENDRA, VICENTE: *Constitución y proceso*, Madrid, Edit. Tecnos, 1988.
- GIRALDO ÁNGEL, JAIME: "Inimputabilidad penal e inmadurez psicológica", en *Derecho penal y criminología*, núm. 16, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1982.
- HASSEMER, WINFRIED: "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", trad. de Elena Larrauri, en *Pena y Estado*, núm. 1, PPU, Barcelona, 1991.
- HASSEMER, WINFRIED y MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN: *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, Barcelona, PPU, 1991.

- JIMENO SANTOYO, GLADYS y OTROS: *Hacia el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Concepto de la dirección general de asuntos indígenas 1995-1998*, Retos de la Nación diversa, núm. 2, Santa Fe de Bogotá, Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, 1998.
- LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA: *Derecho procesal penal*, 2ª ed., Madrid, Edit. Tecnos, 1988.
- MAIER, JULIO B. J.: *Derecho procesal penal. Fundamentos*, t. I, Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l., 1999.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, MAURICIO: *La crisis de la justicia penal en Colombia*, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1999.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *Teoría general del delito*, Bogotá, Edit. Temis, 1990.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y GARCÍA ARÁN, MERCEDES: *Derecho penal*, Parte general, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993.
- OROZCO ABAD, IVÁN y GÓMEZ ALBANELLO, JUAN GABRIEL: *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis-IEPRI-Universidad Nacional de Colombia, 1999.
- PEÑA FREIRE, ANTONIO MANUEL: *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Edit. Trotta, 1997.
- PERAFÁN SMMADS, CARLOS CÉSAR: *Sistemas jurídicos Paez, Kogí, Wayúu, Tule*, Santa Fe de Bogotá, Colcultura, 1995.
- PÉREZ, LUIS CARLOS: *Derecho penal*, Partes general y especial, t. II, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1989.
- REYES ECHANDÍA, ALFONSO: *Derecho penal*, Parte general, 6ª ed., Bogotá, Unidad Externado de Colombia, 1979.
- ROXIN, CLAUDIUS: *Derecho penal*, Parte general, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Madrid, Edit. Civitas, 1997.
- SAMPEDRO ARRUBLA, JULIO ANDRÉS: "Aproximación a la problemática indígena en Colombia", en Año Europeo contra el racismo, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 11, San Sebastián, Extraordinario, 1997.
- SÁNCHEZ, BEATRIZ EUGENIA: "La jurisprudencia indígena ante la Corte Constitucional", en *Observatorio de la justicia constitucional. Balance jurisprudencial de 1996*, Santa Fe de Bogotá, Facultad de Derecho. Universidad de los Andes-Siglo del Hombre Editores, 1998.
- SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO: "La responsabilidad penal del indígena en Colombia. Entre el mundo real y un mundo posible", en revista *Jueces para la democracia*, núm. 26, Madrid, 1996.
- *Inimputabilidad y sistema penal*, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1996.
- STAVENHAGEN, RODOLFO y ITURRALDE, DIEGO (Comp.): *Entre la ley y la costumbre*, Instituto Indigenista Interamericano-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1990.

- VÁSQUEZ ROSSI, JORGE EDUARDO: *Curso de derecho procesal penal*, Rubinzal y Culzoni S.C.C., Santa Fe, Editores, 1985.
- VELÁSQUEZ V, FERNANDO: *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1997.
- VÉLEZ VÉLEZ, LUIS FERNANDO: "El problema de la inimputabilidad de los indígenas en el nuevo Código Penal", en revista *Nuevo Foro Penal*, núm. 11, Bogotá, Temis, 1981.
- YRURETA, GLADYS: *El indígena ante la ley penal*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1981.
- ZAFFARONI, RAÚL EUGENIO: *Tratado de derecho penal*, Parte general, t. IV, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1988.
- ZAGREBELSKI, GUSTAVO: *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, trad. de Marina Gascón, Madrid, Edit. Trotta, 1995.

SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL REFERENCIADAS

- T-408 de 1992, magistrado ponente: José Gregorio Hernández G.
- T-428 de 1992, magistrado ponente: Ciro Angarita Barón.
- T-567 de 1992, magistrado ponente: José Gregorio Hernández G.
- T-188 de 1993, magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- T-257 de 1993, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- T-380 de 1993, magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- T-405 de 1993, magistrado ponente: Hernando Herrera Vergara.
- T-254 de 1994, magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- T-342 de 1994, magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell.
- T-349 de 1996, magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.
- T-496 de 1996, magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.
- C-058 de 1994, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- C-226 de 1994, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- C-377 de 1994, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- C-139 de 1996, magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.
- SU-039 de 1997, magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell.
- SU-510 de 1998, magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- T-153 de 1998, magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.