

# La jurisdicción especial indígena y el derecho penal en Colombia: Entre el pluralismo jurídico y la autonomía relativa

CARMEN ANDREA BECERRA BECERRA\*



La reiteración en la legislación penal nacional de la inimputabilidad<sup>1</sup> y la imputabilidad como figuras jurídicas referidas a los miembros de las comunidades indígenas, ha generado un debate permanente en torno a la situación del indígena frente al sistema penal colombiano. La consagración normativa de estas instituciones penales continúa regulando la situación jurídica del indígena bajo el presupuesto según el cual la justicia ordinaria es competente para juzgar a los miembros de las comunidades indígenas.

En el desarrollo del presente artículo se evidenciará cómo, en concordancia con esta regla general, el sistema penal colombiano ha consagrado varios criterios reguladores de la imputabilidad y la inimputabilidad, con la finalidad explícita de sujetar a los indígenas a las disposiciones de la ley penal nacional. Interpretando dicha pretensión legal, se expondrá a continuación una síntesis de las principales concepciones jurisprudenciales y doctrinarias que, calificando a los indígenas como seres disminuidos, incapaces y salvajes, han subrayado el imperio de la ley general de la república sobre los individuos pertenecientes a estos grupos étnicos.

Posteriormente se analizará cómo los conceptos emanados de la legislación y la jurisprudencia mencionadas, contrastan con la consagración constitucional de la jurisdicción especial indígena y la autonomía reconocida a las autoridades tradicionales en la administración de justicia en sus respectivas comunidades.

\* Abogada especialista en instituciones jurídico penales; socióloga de la Universidad Nacional de Colombia; investigadora del Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA).

<sup>1</sup> "Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, *diversidad sociocultural* o estados similares", artículo 33, Ley 599 de 2000.

Es importante destacar cómo, de manera ambigua, el texto del artículo 246 de la Constitución de 1991 señala que dicha autonomía se encuentra condicionada a lo establecido en las leyes nacionales, recordando con este condicionamiento la herencia colonial del etnocentrismo jurídico, que en la voz de la Corte Constitucional –en sentencia C-370 de 2002– continúa señalando la prevalencia de la norma de normas sobre otros sistemas jurídicos, bajo la fórmula de la concordancia de las disposiciones normativas de la república, reduciendo así los sistemas tradicionales de administrar justicia y las decisiones de las autoridades de estos grupos étnicos a la asimilación.

### **Indigenous special jurisdiction and criminal law in Colombia: Between legal pluralism and relatively legal autonomy**



The insistently reiteration of indigenous peoples minor mental status under national criminal law has generated an ongoing debate regarding indigenous peoples members status before Colombian official criminal system. The normative and legal character of the indigenous minor status under criminal law still regulates the relations between indigenous people and state law. The former situation can be appreciated in the fact that official criminal tribunals can judge indigenous peoples members. This article seeks to show how, according to the above-mentioned status, Colombian criminal law has defined different criteria for establishing indigenous mental capacity with the purpose of maintaining its ascendancy over indigenous peoples. Through an interpretation of this legal objective, this paper will outline the main criminal law doctrine and jurisprudence rules and precedents that, regarding indigenous as savages, minors and mentally challenged persons, have helped to maintain law's empire over this cultural minorities.

This article also analyses the contradictory character of this situation: while criminal law regards indigenous as minors, constitutional law recognizes indigenous special jurisdiction as well as traditional authorities power to enforce their own norms and rules. It also describes the significant rule established by the Article 246 of 1991 Colombian Constitution in the sense that indigenous peoples legal autonomy is conditioned to the fulfilment of national legal system norms. This situation, according to Colombian Constitutional Court –decision 370/194–, is a remnant of the colonial legacy and legal ethnocentrism which consider the traditional legal systems and traditional authorities decisions as inferior and subordinated in relation with official law, a situation that paves the way for the assimilation of cultural minorities.

## **INTRODUCCIÓN**

**Con fundamento en varios criterios consagrados históricamente en el texto de las disposiciones penales nacionales, desarrollados a su**

vez mediante el ejercicio jurisprudencial y doctrinario en vigencia de legislaciones de diversas épocas, el sistema penal colombiano sujetó desde sus inicios a los miembros de las comunidades indígenas a una especie de incertidumbre jurídica subsistente hoy en día. En virtud de ésta, bajo el amparo de la normativa nacional vigente, debía establecerse en cada caso concreto –frente a la transgresión de una norma penal nacional o indígena, por parte de un individuo perteneciente a estas comunidades– si tal sujeto podía ser considerado como destinatario de las normas penales nacionales o si, por el contrario, su conducta transgresora debía ser juzgada por las respectivas autoridades tradicionales, de conformidad con sus usos y costumbres.

El dilema de la exclusión relativa o la inclusión de los miembros de las comunidades indígenas respecto a las normas emanadas de la legislación penal nacional, arraigado en el origen mismo de la relación entre estos dos sistemas jurídicos coexistentes, el nacional y el indígena, permanece aún, a manera de herencia colonial, en el contexto normativo colombiano, desvirtuando permanentemente la pretendida claridad de las disposiciones legales que orientaron el surgimiento y desarrollo de la imputabilidad y la inimputabilidad. Tales instituciones persisten en la codificación penal vigente, como fundamentos jurídicos a los que se recurre a propósito del juzgamiento de los indígenas, bajo el amparo de la legislación penal nacional.

La precisión de los criterios señalados en las distintas legislaciones penales, y las múltiples concepciones jurisprudenciales y doctrinarias que guiaron la aplicación de tales instituciones en nuestro país, parecen desvanecerse al examinar en la práctica cuestiones tales como: ¿cuál es el sistema de normas penales aplicables a un indígena que ha cometido un delito, considerado como tal por la ley penal colombiana en un territorio ajeno al de su comunidad?

¿Es constitucional seguir considerando al indígena como sujeto de derecho penal nacional cuando la norma de normas consagra el reconocimiento de la jurisdicción indígena y la autonomía de sus autoridades tradicionales? La instrumentalización de las normas penales aplicables frente a determinada conducta delictiva, ¿no está legitimando la coexistencia de estos dos sistemas penales (el nacional y el indígena), atendiendo a la mayor o menor rigurosidad de las consecuencias consagradas en cada uno de ellos?

El planteamiento de tales interrogantes continúa vigente en la discusión académica y jurisprudencial sobre el tema; la actualidad de tal asunto, la reiteración de estas preguntas, y los rodeos dados a sus respuestas, serán puestos a consideración en el presente artículo mediante el análisis de aquellas disposiciones contenidas en las legislaciones pe-

nales de 1936, 1980 y del año 2000 referidas a las figuras de la imputabilidad y la inimputabilidad en el sistema penal colombiano, frente a los miembros de las comunidades indígenas, identificando los diferentes criterios de índole positivista, psiquiátrica y antropológica que animaron el desarrollo de estas instituciones penales y regularon, durante su vigencia, la situación jurídica del indígena en esta materia, bajo el presupuesto según el cual la justicia ordinaria era considerada competente, por regla general, para juzgar a los miembros de estos grupos étnicos.

A continuación se presentará una síntesis de las principales concepciones jurisprudenciales y doctrinarias desarrolladas en el ámbito nacional en torno al tratamiento jurídico penal del indígena, mediante una contextualización normativa de estos pronunciamientos, destacándose de manera especial la última sentencia de la Corte Constitucional<sup>2</sup> sobre el particular, en cuyo texto dicho tribunal, como intérprete autorizado, subrayó la autonomía de las autoridades tradicionales en lo concerniente a la función de administrar justicia, de acuerdo con sus usos y costumbres, advirtiendo a renglón seguido que tales decisiones deberían estar en todo caso en concordancia con la Constitución y las leyes de la república.

Partiendo del reconocimiento de la jurisdicción especial indígena y la autonomía reservada por la Constitución a las autoridades tradicionales, se analizará la problemática derivada de la consagración constitucional de jurisdicciones coexistentes, manifiesta en el ámbito jurídico nacional y en las formas tradicionales de administrar justicia, mediante la instrumentalización (por parte de los sujetos procesales implicados en uno u otro escenario) de las disposiciones penales pertenecientes a la jurisdicción ordinaria o a la indígena.

Posteriormente se adelantará una revisión crítica de los preceptos normativos y constitucionales que actualmente continúan considerando a los indígenas como destinatarios de la legislación penal nacional, cuestionando así mismo la constitucionalidad de las disposiciones punitivas referidas a los miembros de estos grupos étnicos y la idoneidad de la acción de tutela como mecanismo apto para la revisión de las decisiones judiciales provenientes de la jurisdicción especial indígena; presentando finalmente la aplicación sin reservas del pluralismo jurídico y el multiculturalismo como alternativas constitucionales que en materia jurídico penal deberían interpretarse como presupuestos de hecho y de derecho para el reconocimiento pleno de la jurisdicción especial indígena autónoma.

---

<sup>2</sup> República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-370, de mayo 14 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

La referencia normativa a la cual se acudirá constantemente en el desarrollo del orden positivo planteado, evoca el artículo 246 de la Constitución Política de 1991, disposición que recuerda y actualiza en el contexto legal colombiano un etnocentrismo jurídico elevado a rango de norma fundamental, mediante la consagración de la autonomía –condicionada– de la jurisdicción especial indígena y el reconocimiento de un paralelismo jurídico frente al juzgamiento de los miembros de las comunidades indígenas, traducido a su vez en la confusa coexistencia de jurisdicciones que persiste en el ámbito nacional a la espera de ser coordinada por una tardía ley .

La consagración –en sede constitucional– de la sujeción de las disposiciones emanadas de la jurisdicción especial a la Constitución y a la ley presupone la consideración de éstas como normas de aplicación general (cuyos destinatarios son todos los habitantes del territorio nacional), ello indica que los individuos pertenecientes a las comunidades indígenas que habitan el territorio nacional, en su doble condición de ciudadanos y pertenecientes a determinado grupo étnico, están sujetos a la legislación nacional y a la vez a las disposiciones que hacen parte de sus sistemas jurídicos tradicionales.

La configuración actual de la jurisdicción especial indígena, y el condicionamiento al cual se sometió el ejercicio de las funciones jurisdiccionales asumidas por las autoridades de estos grupos étnicos, aparecen como la versión actualizada de un rasgo característico de la legislación indigenista desde la época de la Colonia y su supervivencia en la República: el etnocentrismo jurídico. No puede entenderse de otra forma la referencia obligada que hace la norma de normas al consagrar esta jurisdicción especial, adornada con el calificativo de autónoma, reconociendo ambiguamente –a renglón seguido– una autonomía a medias: relativa y condicionada, perpetuando entonces la inclusión de los miembros de estos grupos étnicos dentro de las disposiciones del ordenamiento jurídico nacional, y cegando así cualquier posibilidad de reconocimiento pleno de la autonomía de las autoridades tradicionales en ejercicio de la jurisdicción especial indígena.

No se considera que el último pronunciamiento de la Corte Constitucional (sentencia C-370 del 2002), en el cual se recuerda la concordancia que deben observar las disposiciones emanadas de la jurisdicción indígena con el marco normativo nacional, haya puesto fin a la discusión académica y jurisprudencial en torno a la autonomía de la jurisdicción especial indígena. El presente artículo pretende precisamente mostrar cómo se han incluido marginalmente, a manera de conceptos solicitados por esta corporación, algunos argumentos que presentan nuevos elementos de análisis y reflejan el estado ac-

tual y la problemática de la dualidad de sistemas penales a los que pueden estar sujetos los indígenas de conformidad con las leyes de la república, exponiendo la dificultad que aparece en un caso concreto, para efectos de definir si estos sujetos pueden o deben, ser o no, considerados destinatarios de la ley penal nacional o de las normas que hacen parte de sus prácticas tradicionales y de su forma de administrar justicia.

## EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO Y LOS CRITERIOS REGULADORES DE LA IMPUTABILIDAD Y LA INIMPUTABILIDAD, FRENTE A LOS MIEMBROS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

Desde los antecedentes de la consagración normativa de las figuras de la imputabilidad y la inimputabilidad, hasta el actual ordenamiento penal, la legislación colombiana ha regulado la situación jurídica del indígena en esta materia bajo el supuesto según el cual la justicia ordinaria es competente, por regla general, para juzgar a los miembros de las comunidades indígenas. Dicho supuesto ha sido más una imposición de orden legal (motivada por factores de orden territorial y por pretensiones de homogeneización), que un verdadero factor de competencia presente en las relaciones entre el sistema penal nacional y el indígena.

La revisión de las disposiciones legales conocidas como fuero indígena, a partir de 1810, da cuenta de la sujeción de los miembros de estas comunidades a lo dispuesto por las leyes generales de la república. Así mismo, la potestad que las autoridades coloniales españolas habían delegado a principios del siglo XVI a los cabildos para ocuparse de aquellos asuntos administrativos y de la imposición de sanciones frente a la incursión de los miembros de estas comunidades en conductas consideradas delictivas por las disposiciones legales castellanas, permitió el desarrollo de unas formas de administrar justicia propias de las comunidades indígenas, las cuales debían atender a una extraña mixtura según la cual, frente a la transgresión de determinada disposición colonial, correspondía una sanción establecida por el cabildo de conformidad con sus usos y costumbres; en sentido contrario, era posible que una falta contra la fe, como no asistir a misa, cometida por un indígena, debiera ser sancionada por el alcalde también indígena -integrante del cabildo- con la sanción establecida para estos menesteres por las autoridades judiciales españolas:

Tendrán jurisdicción los indios alcaldes solamente para adquirir, aprender y traer a los delincuentes a la cárcel del pueblo de españoles de aquel distrito, pero podrán castigar con un día de prisión, seis o ocho

azotes al indio que faltare a la misa el día de fiesta o se embriagare o hiciere otra falta semejante.<sup>3</sup>

La situación del indígena frente a la legislación penal dejó de ser un asunto diferido a las autoridades tradicionales cuando en 1936 una nueva codificación penal indicó que las disposiciones contenidas en ésta se aplicarían a todos los habitantes del territorio nacional, involucrando de esta manera a los indígenas como destinatarios de esta ley, pero esta vez no sólo en cuanto al supuesto de hecho previsto en la norma o en lo atinente a la respectiva consecuencia jurídica, sino de manera integral –sin las mixturas antes anotadas– en las disposiciones legislativas, ejecutivas y judiciales proferidas por las autoridades penales a nivel nacional.

Sólo hasta la expedición del Código de 1936 incursionaron en el escenario penal colombiano disposiciones doctrinarias y otros conceptos emanados de las autoridades encargadas de administrar justicia, que posibilitaron la aplicación de las instituciones de la imputabilidad y la inimputabilidad, mediante la interpretación conjunta de varios artículos del respectivo código.<sup>4</sup> Fue precisamente mediante estas figuras penales que los indígenas comenzaron a ser vistos, de manera general, como destinatarios de las leyes penales nacionales bajo la figura de la imputabilidad o de la inimputabilidad, entendiendo que esta última podía predicarse de aquellos transgresores de la ley penal nacional, en virtud de condiciones psicosociales que no permitían al individuo perteneciente a estas comunidades comprender la ilicitud de su conducta.

Los ordenamientos penales de 1936 y 1980 presentaban como rasgo común y característico una marcada subvaloración de lo indígena, al considerar a los miembros de estas comunidades bajo la categoría de inimputables, asimilándolos a individuos con capacidades psíquicas disminuidas. Aunque en el Código Penal de 1980 no se encontraba dentro de las causas indicadas de inimputabilidad una específica que hiciera referencia a los miembros de las comunidades indígenas, dicha falencia fue fácilmente superada mediante la asimilación de la condición del indígena al enajenado mental o al individuo que padecía

---

<sup>3</sup> Disposición integrante de la Recopilación de 1680, citado por Ots (1969: 159).

<sup>4</sup> Al igual que la Constitución de 1886, el Código Penal de 1936 no hacía referencia alguna a los miembros de las comunidades indígenas, pero al decir el artículo 11 de manera general que todo el que cometiera una infracción sería responsable por tal acto, estaba incluyendo implícitamente a los miembros de las comunidades indígenas dentro de las disposiciones penales y, por tanto, los casos expresamente exceptuados a los cuales hacía referencia el artículo citado también cobijaban a los individuos pertenecientes a los pueblos indígenas; tales excepciones se encontraban enumeradas en los artículos 23 y 29 del Código Penal, bautizados por la doctrina como causas de exclusión de culpabilidad y causas de justificación, respectivamente.

de grave anomalía psíquica, de conformidad con la aplicación de un criterio de índole psiquiátrico.

La consagración de la inimputabilidad asumida bajo estos parámetros, consideró a los indígenas como sujetos destinatarios de dicha institución, asemejando la conducta de los miembros de estas comunidades a la del *inmaduro psicológico* o *trastornado mental*, expresando con ello una vez más el desprecio por estos grupos étnicos y el desconocimiento de sistemas jurídicos diferentes al nacional. La utilización de estos conceptos recuerda una vez más la imagen (tan difundida en la legislación colonial y de comienzos de la república) del indígena como un ser bruto, con capacidades psicológicas disminuidas y semejante al menor de edad, todas reunidas en un pensamiento etnocéntrico que – parafraseando a Herinaldy Gómez– demuestra una vez más la *invisibilidad* de las culturas indígenas, esta vez, ante la vista gorda de la legislación nacional, tan reiterativa, pese a tantas reformas, en el tratamiento jurídico penal del indígena colombiano.

En el Código Penal de 2000, la diversidad sociocultural, forma específica de inimputabilidad referida a los miembros de las comunidades indígenas, aparece como la manifestación de un nuevo criterio de índole antropológico consagrado por la legislación penal para efectos de regular el tratamiento del indígena como individuo perteneciente a una comunidad culturalmente diversa, ante el derecho penal nacional. Es necesario señalar que este criterio ha sido asumido por la legislación penal colombiana con beneficio de inventario; es decir, todavía hoy –en vigencia de una Constitución que reconoce la Jurisdicción Especial indígena y la autonomía de las autoridades tradicionales– el Código Penal Nacional continúa considerando dentro de sus disposiciones a los miembros de las comunidades indígenas como destinatarios de la ley penal, bajo la figuras de la inimputabilidad por diversidad sociocultural e implícitamente bajo la calidad de imputable, en el caso en que su condición de indígena no sea impedimento para conocer *la ilicitud de su conducta y determinarse de acuerdo con esa comprensión*.

## CONCEPCIONES JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINARIAS ACERCA DE LA IMPUTABILIDAD Y LA INIMPUTABILIDAD REFERIDAS A LOS MIEMBROS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

Tomando como punto de referencia los criterios anteriormente señalados, se destacarán a continuación las decisiones jurisprudenciales y los conceptos doctrinarios en torno a la consideración de los miembros de las comunidades indígenas como imputables o inimputables frente a



la legislación penal nacional –a partir de la codificación de 1936–. Para ello se acudirá a la revisión de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, en disputa histórica o coexistente sobre el tema en cuestión.

La mayoría de las demandas interpuestas bajo la vigencia de diferentes legislaciones procesales a partir de la legislación penal de 1936, en las cuales similares causales de casación se repitieron de una legislación a otra, invocan principalmente aquella que señala que la sentencia es violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma. Lo anterior considerando que dado que el individuo objeto de juzgamiento era miembro de una comunidad indígena, la ley aplicable debía ser la legislación especial o fuero indígena y no la ley nacional en materia penal.

Otra de las causales a las cuales se acudió frecuentemente al interponer recurso extraordinario de casación contra la decisión de juzgamiento de un indígena se refiere a la falta de consonancia de la sentencia con los cargos formulados en el auto de proceder, bajo el supuesto según el cual en alguna oportunidad, durante el desarrollo del proceso, se hubiese reconocido al indígena su condición de salvaje o semisalvaje y, pese a ello, le fuera impuesta una sanción extraída de la legislación penal nacional.

El primer criterio acogido por los tribunales, para efectos de examinar la situación del indígena ante la legislación penal nacional, data de la clasificación tripartita establecida en la Ley 89 de 1890: *indígenas salvajes, semisalvajes y civilizados*.<sup>5</sup> En las jurisprudencias referidas, alguno de los sujetos procesales o el mismo juez recordará la retahíla de la clasificación del artículo primero de la ley citada, haciendo coexistir, por tanto, dicho criterio con aquellos bajo los cuales se equiparaba al indígena con el retrasado mental o el menor de edad, o con aquel criterio que lo consideraba sujeto excepcional de la ley penal. De manera sutil, la última sentencia de la Corte Constitucional<sup>6</sup> sobre el tema habla de indígenas *aculturados* (¿querría decir reducidos a la vida civilizada?), refiriéndose a su proximidad con las costumbres, la idiosincrasia y el sistema de valores de la nacionalidad mayoritaria, indicando

---

<sup>5</sup> Sobre el desarrollo jurisprudencial de estos conceptos véanse las siguientes sentencias: República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 23 de julio de 1948, M. P. Domingo Saraty M., en *Gaceta Judicial*, núm. 2064-2065, Tomo LXIV, Bogotá, junio-julio-agosto de 1948, p. 864. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 18 de septiembre de 1984, M. P. Luis Enrique Aldana Roza, en *Gaceta Judicial*, núm. 155, Tomo XIII, Bogotá, septiembre-octubre-noviembre de 1984, p. 317.

<sup>6</sup> República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-370, mayo 14 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

con ello la subsistencia de consideraciones etnocentristas (esta vez moderadas) que inspiraron la citada ley de 1890.

A manera de observación, y a propósito del desarrollo jurisprudencial en vigencia de la legislación penal de 1936 y 1980, se destaca la arbitrariedad del concepto de los “especialistas” en la presentación de los dictámenes periciales encaminados a determinar en un proceso dado, la categoría a la cual pertenecía el indígena, cuestión que pretendió ser satisfactoriamente esclarecida mediante el examen de los “planos instintivo, afectivo e intelectual del reo”,<sup>7</sup> siguiendo la respectiva comparación de éstos con los del hombre medio-normal-civilizado.

De acuerdo con el concepto –la mayoría de las veces aligerado– de dichos dictámenes, la Corte Suprema de Justicia entró a decidir, de forma no menos apresurada, sobre la calidad de indígena civilizado, o no, de determinado individuo, cotejando las características destacadas por los peritos con su real entender y parecer, es decir, con su evidente escaso conocimiento del carácter multiétnico y pluricultural de la nación colombiana, condición que llevó constantemente a la criminalización del indígena bajo los criterios más variados, tales como su condición psiquiátrica, su asimilación al menor de edad o su carácter de indígena aculturado, por no decir *reducido a la vida civilizada*.

En vigencia de la Constitución de 1991, y pese al reconocimiento del pluralismo jurídico de la nación colombiana, consagrado literalmente en dicho texto, las sentencias del tribunal instituido como guardián de la norma de normas admitieron –con reservas– la defensa del reconocimiento de la jurisdicción especial y la autonomía de las autoridades tradicionales, sujetando tales derechos a la concordancia de las respectivas disposiciones con la Constitución y la ley. Teniendo en cuenta la consagración en la Constitución del respeto por la diferencia, la pluralidad, diversidad étnica y cultural, la calificación de las comunidades indígenas como sujetos colectivos, el reconocimiento de la jurisdicción indígena y de las autoridades tradicionales de estas comunidades, puede afirmarse que la consideración del indígena como sujeto de la ley penal nacional es inconstitucional puesto que el juzgamiento de las conductas tipificadas en el respectivo código por parte de autoridades que hacen parte de la jurisdicción ordinaria, contrariaría los derechos fundamentales consagrados en los artículos constitucionales a los que se ha hecho referencia.

---

<sup>7</sup> República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 23 de julio de 1948, M. P. Domingo Saraty M., en *Gaceta Judicial*, núm. 2064-2065, Tomo LXIV, Bogotá, junio-julio-agosto de 1948, p. 865.

La decisión contenida en la sentencia C-370 de 2002 , en la cual la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de los artículos 33, 69 y 73 de la Ley 599 de 2000, sólo viene a confirmar que en el debate en torno a la situación del indígena ante la ley penal no se ha tenido en cuenta su condición como miembro de una comunidad con unas prácticas, tradiciones, autoridades y jurisdicción propias, y partiendo de este desconocimiento se ha pretendido homogeneizar al indígena mediante su sometimiento a las normas y formas jurídicas de un sistema penal definido desde las disposiciones de la legislación general de la República. De esta manera se identifica un estado de inseguridad jurídica al verificarse la coexistencia de dos sistemas penales (el nacional, definido en la ley penal colombiana, y el indígena, consagrado en la Constitución Política). Esta situación, además de ser inconstitucional, ha propiciado la instrumentalización de estos sistemas de normas por parte de los miembros de las comunidades indígenas, de sus apoderados en determinado proceso judicial y, finalmente, de las autoridades nacionales y tradicionales.

### CONSIDERACIONES ACERCA DE LA INSTRUMENTALIZACIÓN DE LAS DISPOSICIONES PENALES VIGENTES, PERTENECIENTES A JURISDICCIONES COEXISTENTES (LA JURISDICCIÓN ORDINARIA Y LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA)

De acuerdo con lo establecido en el artículo 246 de la Constitución Política de Colombia, los miembros de las comunidades indígenas están sujetos no sólo de hecho sino también de *derecho* a una coexistencia de jurisdicciones, de tal manera que la facultad de administrar justicia específicamente en el ámbito jurídico penal, respecto de estos sujetos de derecho, podría representarse como una biyectiva de acuerdo con la cual, frente a la realización de determinada conducta considerada transgresora de la legislación penal nacional, y a la vez de las normas de determinado sistema jurídico indígena, la respectiva función jurisdiccional podría ser ejercida por las autoridades tradicionales de la comunidad indígena a la que pertenezca, o por un juez, representante de la jurisdicción ordinaria. La línea que se debe seguir, llegados a este punto, no está claramente definida, como se verá, por ninguno de los ordenamientos jurídicos en cuestión; bajo tales condiciones el indígena podría ser juzgado en una u otra jurisdicción, atendiendo a determinadas circunstancias plasmadas en un *collage* de disposiciones constitucionales y legales referidas a la pertenencia del indígena a determinada comunidad (fuero personal), al lugar en que se cometieron los hechos (dentro o fuera del territorio de la comunidad indígena), al contacto del indígena con la sociedad mayo-

ritaria (mayor o menor grado de *aculturación*), y, finalmente, a la comprensión que el indígena tuviere de las normas integrantes de la legislación penal, y a la facultad de determinarse o no de acuerdo con tal comprensión (imputabilidad o inimputabilidad por diversidad sociocultural). Estos aspectos han sido considerados por la Corte Constitucional, refiriéndose a la coexistencia de jurisdicciones consagradas por la Constitución de 1991, y previendo que dicha dualidad podría dar lugar a un conflicto de competencias entre autoridades de una y otra jurisdicción, frente al juzgamiento de un indígena en un caso concreto.

En las llamadas consideraciones de fondo de la sentencia T-496 de 1996, el citado tribunal señaló algunas reglas encaminadas a establecer cuál sería el funcionario competente para efectos de adelantar el juzgamiento de un miembro de una comunidad indígena, mediante la interpretación armónica de las escasas disposiciones constitucionales y legales reguladoras de este tema. En la sentencia en cuestión, la Corte hace referencia a los siguientes supuestos: el primero alude al caso en el cual la conducta realizada por el indígena no es considerada transgresora de conformidad con los usos y las costumbres de su comunidad, pero sí se encuentra penalizada por el derecho nacional; en estos casos se indica que los jueces de la república son la autoridad competente para conocer del asunto, pero como se encuentran ante *un individuo de otra comunidad cultural*,<sup>8</sup> deben determinar en primer lugar si la conducta de éste se enmarca dentro de imputabilidad o inimputabilidad, para luego, y de acuerdo con la institución aplicable, dar paso a la respectiva consecuencia jurídica.

El segundo supuesto se presenta cuando la conducta realizada por un individuo perteneciente a una comunidad indígena es sancionada por su comunidad y, a la vez, por el derecho penal nacional; en este caso la Corte señala que deberá tenerse en cuenta “la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece”,<sup>9</sup> para efectos de determinar si el indígena deberá ser juzgado de conformidad con las disposiciones del derecho penal nacional.

Si algo queda claro, luego de la lectura del anterior aparte de la sentencia, es que la incertidumbre es la regla general para efectos de la definición de la situación del indígena frente al derecho penal nacional; como lo anota dicho Tribunal, las posibilidades de solución son múltiples, dependiendo de las particularidades de cada caso.

El artículo 246 de la Constitución Política, tratando de garantizar cierta seguridad jurídica ante la coexistencia de jurisdicciones con-

---

<sup>8</sup> Ibid., p. 9.

<sup>9</sup> Idem.

sagradas en su texto, previó la necesidad de coordinación entre la jurisdicción especial y el sistema judicial nacional, mediante una ley diseñada para dicho fin. A la fecha todavía está pendiente la ley encargada de esta labor coordinadora, y la alternativa del juzgamiento a la luz de una u otra jurisdicción ha dejado de ser un asunto legal o jurisprudencial, para convertirse en una situación resuelta al acomodo y según el criterio ya no jurídico sino personal de los funcionarios judiciales nacionales o de las autoridades indígenas y, en algunos casos, a merced de la habilidad personal del propio reo o de su apoderado. Es precisamente este vacío legal el que ha dado lugar a una serie de prácticas de instrumentalización por parte algunos miembros de las comunidades indígenas, en ejercicio de las cuales se capotean las disposiciones de uno y otro sistema jurídico buscando la sanción más favorable o menos drástica, y dejando de lado el enrevesado asunto de la determinación del funcionario competente.

El contacto de las autoridades indígenas de algunas comunidades –y de sus formas tradicionales de administrar justicia– con las formas jurídicas propias del sistema penal nacional, ha generado una práctica, ya bastante difundida en varias de estas comunidades, de conformidad con la cual cierto tipo de conductas transgresoras de sus leyes, debido a su gravedad y a su *difícil solución*, son diferidas a la jurisdicción ordinaria, atendiendo principalmente a la mayor rigurosidad de las sanciones derivadas de la legislación penal nacional. Hernán Darío Benítez Naranjo describe la delegación de estos asuntos que en principio deberían ser resueltos por la jurisdicción especial indígena, en los siguientes términos: “El aumento de la violencia al interior de la comunidad ha hecho que ésta recurra a los mecanismos tradicionales de justicia nacional como alternativa de respuesta a conflictos que resultan de difícil solución” (Benítez, 1977: 193).

La justicia penal nacional cuenta con las instituciones de la imputabilidad y la inimputabilidad, para efectos de regular la situación de los indígenas que han transgredido las disposiciones de la legislación penal. Dichas figuras suponen la violación de una norma consagrada en el ordenamiento penal nacional, pero el asunto planteado –la manifestación expresa de las autoridades tradicionales en el sentido de recurrir a las disposiciones de la justicia nacional para resolver (sancionar) cierto tipo de conductas consideradas por la comunidad como de especial gravedad– presenta una evidente dificultad considerando que esta nueva práctica integrada en las decisiones de algunas autoridades indígenas estaría contraviniendo la consagración de esta jurisdicción especial al instrumentalizar la justicia penal nacional, reservándola como mecanismo penal de mayor drasticidad, dejando en segundo plano la

autonomía de las autoridades tradicionales para efectos de dirimir conflictos de especial gravedad.

No sólo las autoridades indígenas encargadas de administrar justicia han favorecido la continuidad de las prácticas de instrumentalización señaladas, ni los jueces de la república han sido los únicos que en el proceso de adecuación de la ley –frente al juzgamiento de un indígena– han dado vía libre a las más variadas interpretaciones en torno al artículo de la Constitución de 1991 que consagra el reconocimiento de la jurisdicción especial indígena; también los mismos procesados y sus apoderados se han servido de la ausencia de disposición legal que establezca la coordinación esta jurisdicción y el sistema judicial nacional, buscando en ejercicio de un extenso principio de favorabilidad entre jurisdicciones, el amparo de la normativa que prevea la consecuencia menos drástica ante su actuar transgresor.

Dicha estrategia de defensa permite así mismo dilucidar una instrumentalización por parte de los sindicatos y de sus abogados, de acuerdo con la cual, pese a que el transgresor de la ley penal nacional conocía la consecuencia correspondiente –por ejemplo frente al delito de homicidio– debido a su contacto con la sociedad nacional por vínculos principalmente laborales, al momento de su declaración en el proceso afirmaba desconocer que dicha conducta era considerada delito por la ley de la república, asintiendo al mismo tiempo “no haber tenido contacto alguno con la civilización, ni haberse distanciado nunca de los límites del resguardo”.<sup>10</sup> La sentencia T-496 de 1996, ilustra lo anteriormente anotado refiriéndose de manera expresa al delito de homicidio, y la percepción de esta conducta transgresora de la ley penal y de su correspondiente sanción por parte del indígena Libardo Guaina Finscue.

Así como algunos sindicatos y sus representantes pretendían, en determinado proceso penal, valerse de la condición de pertenencia a determinado grupo indígena, buscando con ello la correspondiente declaratoria de culpabilidad o su juzgamiento por parte de las respectivas autoridades tradicionales, otros recordaban su condición de ciudadanos de la república de Colombia, invocando –luego de haber sido sometidos a la jurisdicción especial indígena– su derecho al debido proceso; denunciando así la falta de concordancia entre las normas y los procedimientos empleados por las autoridades indígenas y aquellos de índole nacional.

En sentencia T-254 de 1994, Ananías Narváez, por intermedio de apoderado judicial, interpuso acción de tutela solicitando la protec-

---

<sup>10</sup> República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-496 del 26 de septiembre de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz, en Relatoría Corte Constitucional, Tomo 42, Año 1996, sentencias 486-496, p. 1.

ción del derecho al debido proceso, considerado vulnerado por parte de las directivas del cabildo de la comunidad indígena del Tambo, en los términos que se exponen a continuación: “El peticionario afirma que las imputaciones hechas y el juzgamiento realizado en su contra por el cabildo indígena violaron el artículo 29 de la Carta Política, por no ser precedidas de un procedimiento investigativo y estar basadas en meros rumores carentes de sustento probatorio”.<sup>11</sup>

Ante el amparo solicitado la Corte identificó la advertencia de vulneración al debido proceso presentada por el petente, en el caso en cuestión, como una instrumentalización –por parte del sindicato– frente a la coexistencia de jurisdicciones, al haber aceptado su juzgamiento por el delito de hurto por parte de la autoridad tradicional, y luego (al ver la gravedad de las sanciones impuestas por el cabildo) al solicitar mediante acción de tutela la protección de su derecho al debido proceso, derecho que ni fue recurrido en su momento ni su vulneración advertida ante las autoridades tradicionales, en la respectiva oportunidad.

Los casos referidos dan cuenta de la constante instrumentalización de las normas aplicables en vigencia de una u otra jurisdicción; estas prácticas derivadas del paralelismo jurídico, convertidas en estrategias de defensa y no sólo permitidas sino posibilitadas por la ausencia de una norma aún no escrita, continuarán presentándose a la espera de la ley que desarrolle la coordinación –entre el sistema judicial nacional y la jurisdicción indígena– tan anunciada por el artículo 246 de la CP de 1991.

### DE CÓMO LAS DECISIONES EMANADAS DE UNA JURISDICCIÓN ESPECIAL HAN SIDO CONDICIONADAS A LA CONCORDANCIA Y OBSERVANCIA DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES DE CARÁCTER NACIONAL

Las sentencias de la Corte Constitucional, en las que el respectivo Tribunal ha abordado la revisión de disposiciones emanadas de autoridades indígenas consideradas atentatorias del ejercicio de algún derecho fundamental, son la manifestación más clara de la sujeción de estas decisiones judiciales –dictadas en el marco de la jurisdicción especial indígena– a las disposiciones de las normas de rango superior. Así, en vigencia de la Constitución Política de 1991, el imperativo respecto a las comunidades indígenas (esta vez en lo relativo a sus formas jurídicas), parece ser el mismo derivado de la época colonial: la asimilación.

<sup>11</sup> República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-254, mayo 30 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, en Relatoria Corte Constitucional, Tomo 28, Año 1994, sentencias 251 a 261, p. 21.

Bajo este mandato se permite curiosamente que las comunidades indígenas tengan una jurisdicción propia y se gobiernen de conformidad con sus usos y costumbres, siempre y cuando éstos no estén en contravía con la Constitución y las leyes de la República. De no verificarse tal concordancia, las prácticas y costumbres indígenas relacionadas con sus formas de administrar justicia ya no serán consideradas bárbaras sino arbitrarias o, en el mejor de los casos, atentatorias de los derechos humanos (¿no querrá decir lo mismo?); Hernán Darío Benítez reseña el juzgamiento de los procedimientos propios de la justicia indígena a la luz de las autoridades nacionales de la siguiente manera:

Es que rara vez los actos compulsorios de una comunidad indígena, si consultan sus propios procedimientos, dejan de asumir la forma de una arbitrariedad o de una violación de los derechos humanos, de donde el poder de ejecución de la autoridad indígena resulta siempre condicionado a la autoridad estatal convencional (Benítez, 1997: 189).

En repetidas ocasiones se ha mencionado que el artículo 246 de la Constitución Política, al diferir al legislativo la labor de coordinar la jurisdicción especial indígena con el sistema judicial nacional, dejó entre el tintero esta labor coordinadora, y que aún estamos en espera de la misma. Lo anterior es cierto, aún no ha nacido a la luz jurídica esta ley, pero ello no quiere decir que esta labor no haya sido asumida de manera acuciosa por la Corte Constitucional, encontrando como escenario preciso para ello la parte motiva de la revisión de acciones de tutela puestas en su consideración. A propósito de la relación entre los derechos fundamentales y el ejercicio de la jurisdicción especial indígena, la Corte ha señalado las siguientes reglas de interpretación que, según su concepto, deberían ser tenidas en cuenta para efectos de resolver la tensión existente entre el principio de diversidad étnica y cultural y la protección de derechos fundamentales:

- A mayor conservación de usos y costumbres mayor autonomía.
- Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares.
- Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural.
- Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales positivas.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-254, mayo 30 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, en Relatoría Corte Constitucional, Tomo 28, Año 1994, sentencias 251 a 261, p. 14.



La primera regla de interpretación reduce la autonomía de las autoridades tradicionales en ejercicio de funciones judiciales, a la conservación de los usos y las costumbres de sus respectivas comunidades, queriendo decir con ello que será mayor la autonomía de estas autoridades entre mayor sea el grado de conservación de sus usos y costumbres, y concluyendo que las comunidades indígenas que no los conserven deberán guiarse por las leyes de la república. Esta primera regla de interpretación, bastante familiar en la historia de la legislación indigenista colombiana, nos remite directamente a las leyes 89 de 1890 y 72 de 1892 en lo relativo a la clasificación tripartita de los indígenas – *salvajes, semisalvajes y reducidos a la vida civilizada*–, de acuerdo con la cual los indígenas reducidos a la vida civilizada deberían regirse por las leyes de la república, mientras que las dos primeras categorías estarían sujetas a fuero indígena. Como se ve, este criterio no tiene nada de innovador, por el contrario, constituye un retroceso en los escasos pasos adelantados en el estudio de la situación del indígena frente a la legislación nacional.

Bajo los criterios segundo y tercero, la Corte recuerda que los derechos fundamentales constituyen el límite material del principio de diversidad étnica y cultural, evidenciando con ello una concepción etnocentrista de unos derechos humanos declarados desde una perspectiva occidentalizada, de acuerdo con los principios de igualdad, individualidad y libertad, dejando así en segundo plano el reconocimiento de Colombia como un país multicultural. De manera ambigua la Corte hace referencia a 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”,<sup>13</sup> pero rápidamente desdibuja tal ámbito, anteponiendo las normas legales imperativas a los usos y costumbres de las comunidades indígenas, señalando además que la diversidad étnica y cultural es un valor constitucional que puede ser relegado ante la presencia de otro valor constitucional superior.

El cuarto criterio enunciado parece contravenir todos los anteriores, y es por ello el único que a primera vista resulta consecuente con el pluralismo jurídico y con la diversidad étnica y cultural anunciados en la Constitución, así mismo es –infortunadamente– el de referencia más esquiva en las consideraciones de las acciones de tutela sometidas a revisión por el máximo tribunal constitucional.

La procedencia de la tutela sobre decisiones judiciales ha sido discutida por la doctrina y la jurisprudencia nacional llegando al balance final de acuerdo con el cual ésta sólo debería operar en caso de existir

---

<sup>13</sup> Ibid., p. 15.

una vía de hecho; ello respecto de pronunciamientos emanados de autoridades pertenecientes a la jurisdicción ordinaria. El asunto adquiere mayor complejidad tratándose de decisiones provenientes de otra jurisdicción, específicamente de la jurisdicción especial indígena. En este caso es palmaria la existencia de una contradicción de índole constitucional consagrada en el texto del artículo 246 de la Constitución Política de 1991, al reconocer el ejercicio de funciones jurisdiccionales a las autoridades indígenas –de conformidad con sus usos y costumbres– y al sujetar estas normas y procedimientos tradicionales a su observancia respecto a la Constitución y a la ley.

Advirtiendo tal inconsistencia ha surgido la alternativa, propuesta por varias autoridades indígenas –como Álvaro Morales Tunubalá (miembro del cabildo del pueblo Guambiano)–, en el sentido de afirmar que no tiene sentido alguno que las decisiones de las autoridades indígenas en asuntos de administración de justicia sean revisadas o sometidas a juicio de constitucionalidad por parte de otras autoridades que desconocen o no comprenden los sistemas jurídicos indígenas y asumen éstos desde una cosmovisión diferente a aquella que ha motivado dichas decisiones: “Nosotros sí creemos, como ya se dijo, que la tutela es procedente, pero cada una en su propia jurisdicción. Para nuestro caso las tutelas deben presentarse y tramitarse ante las instancias indígenas que existen en cada pueblo indígena” (Morales, 1997: 83).

El anterior planteamiento deja en evidencia que la formulación de pluralismo jurídico en términos de la actual Constitución Política adolece de serias fallas, tal vez la principal y la causante de la paradójica consagración de una *autonomía relativa* es precisamente que la Constitución reconoce la existencia de diversos sistemas jurídicos, específicamente en el seno de las distintas comunidades indígenas que habitan el territorio colombiano, pero sujeta la aplicación de las disposiciones jurídicas emanadas de las autoridades tradicionales a su concordancia con la Constitución y las leyes de la República. Por ello el reconocimiento del pluralismo jurídico, en el marco constitucional colombiano, no es más que un espejismo que reconoce y no reconoce a la vez la autonomía de las autoridades indígenas para administrar justicia de conformidad con sus usos y costumbres.

Pese a esta versión de pluralismo jurídico consagrada en la Carta Constitucional, es necesario seguir tomando este concepto como referente, teniendo en cuenta que junto al multiculturalismo constituyen los presupuestos indispensables para el reconocimiento de una jurisdicción indígena autónoma. Aunque el término haya sido empleado en la actual Constitución, no debe perderse de vista que la consagración de un jurisdicción indígena condicionada a los dictados de la le-

gislación general, no constituye pluralismo jurídico; a lo máximo expresa una remota aproximación al mismo mediante el reconocimiento de la existencia de otros sistemas jurídicos que en todo caso no pueden contravenir las disposiciones del orden normativo mayoritario.

El pluralismo jurídico, como desarrollo del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, parte del supuesto de la coexistencia, en el territorio de un mismo Estado, de varios sistemas jurídicos. Son precisamente las diversas comunidades nacionales las que aparecen como escenario de esta multiplicidad de sistemas, de tal forma que aunque uno de éstos sea predominante o de mayor *cobertura* dentro del territorio de determinado Estado, no puede ser considerado como superior a los demás ni tiene por qué condicionar la autonomía de los otros.

Contrario a lo anteriormente anotado, la Constitución Política de 1991 desconoce este carácter de producciones culturales de los sistemas normativos, y pretende superar la diferencia entre unos y otros mediante la imposición de la adecuación o concordancia de las disposiciones emanadas de la jurisdicción especial indígena a las normas y leyes nacionales y a la Carta Constitucional, convirtiendo de esta forma el pluralismo jurídico inicialmente predicado, en etnocentrismo jurídico mediante la referencia obligada a la normatividad nacional.

## DE LA AUTONOMÍA RELATIVA DE LAS FUNCIONES JURISDICCIONALES DE LAS AUTORIDADES INDÍGENAS HACIA EL RECONOCIMIENTO PLENO DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA AUTÓNOMA

El reconocimiento del carácter multicultural de determinado Estado-nación, sólo es posible como lo anota Will Kymlicka,

Si las reivindicaciones de autogobierno impulsadas por miembros de minorías étnicas dejan de ser concesiones parciales para convertirse en plena expresión de autonomía de las autoridades tradicional en lo relativo a la administración de justicia, evitando que tales decisiones puedan ser recurridas ante las autoridades propias del sistema judicial nacional (Kymlicka, 1995: 47).

Contrastando con la anterior afirmación, en Colombia el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, siguiendo el paradigma liberal, ha sido condicionado y restringido constantemente al reconocimiento de dos derechos de carácter individual: el derecho a la no discriminación y el derecho a la igualdad. Con estos últimos se pretende anteponer los derechos –bajo una visión occidentalizada– del individuo sobre los derechos de la comunidad a la cual pertenece, desconociendo de plano otras concepciones no individualistas del derecho; es precisamente éste el argumento que ha

empleado la Corte Constitucional para señalar como criterio interpretativo, en las tutelas referidas a la situación de los indígenas frente al derecho penal nacional, que dentro del ordenamiento constitucional colombiano hay valores superiores a la diversidad étnica y cultural, añadiendo a esto la existencia de derechos fundamentales –individuales– que priman sobre otros derechos de carácter colectivo.

Así las cosas, el establecimiento de estas limitaciones rezaga constantemente el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas –principalmente el derecho a la autonomía de sus autoridades en lo relativo a la administración de justicia–, consagrado nominalmente en la Constitución, dejando en segundo plano el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural al advertir que este derecho de los pueblos indígenas está estrechamente relacionado con reivindicaciones de autogobierno (de conformidad con sus leyes y autoridades tradicionales), y considerando, de manera paradójica, que dichas pretensiones vulneran fuertemente la unidad nacional.

Frente al caso colombiano, y atendiendo a la consagración de la jurisdicción especial indígena, debe entenderse como una vulneración al principio de diversidad étnica y cultural la posibilidad de juzgamiento de los miembros de las comunidades indígenas por parte de la jurisdicción ordinaria bajo las instituciones de la inimputabilidad y la imputabilidad. De acuerdo con lo anterior, la Corte Constitucional ha admitido que la calificación de inimputable referida a los indígenas es expresión de un *juicio de disvalor*<sup>14</sup> hacia estos individuos:

Es claro que abordar el juzgamiento de un indígena desde la perspectiva de la inimputabilidad no sólo es inadecuado, sino que es 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 cultural, donde el reconocimiento de las diferencias contribuye al desarrollo de los principios de dignidad humana, pluralismo y protección de las minorías.<sup>15</sup>

Pese a la anterior exposición en defensa de la diversidad étnica y cultural, dicho Tribunal ha mantenido incólumne la exequibilidad del artículo 33 del CP (disposición que consagra la inimputabilidad), afirmando que un pronunciamiento en contrario podría “desmejorar la situación de los indígenas destinatarios de las leyes penales nacionales”.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-496, septiembre 26 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz, en Relatoría Corte Constitucional, Tomo 42, Año 1996, sentencias 486- 496, p. 13.

<sup>15</sup> *Ibíd.*, p. 13.

<sup>16</sup> República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-370, mayo 14 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, en Relatoría Corte Constitucional, Año 2002, p. 34.

Esta última consideración constituye el fundamento de la decisión de la Corte Constitucional en sentencia C-370 de 2002, en virtud de la cual se declaró la exequibilidad del artículo 33 del CP de 2000, advirtiendo las siguientes salvedades: en primer lugar manifestó la Corte que la “inimputabilidad no derivaba de una incapacidad sino de una cosmovisión diferente, adicionalmente señaló que en casos de error invencible de prohibición, proveniente de esa diversidad cultural, la persona debería ser absuelta y no declarada inimputable”.<sup>17</sup>

Los argumentos expuestos por la Corte con conclusiones alejadas de estos a manera de decisión asumida en las sentencias citadas, son precisamente los mismos que podrían ser empleados para evidenciar la necesidad de excluir al indígena de la legislación penal colombiana, no sólo de su consideración como inimputable, sino también como imputable, en aquellos casos en que se indica que el individuo, pese a su pertenencia a un grupo indígena, es *aculturado* o tiene la capacidad de comprender la ilicitud de su acción y determinarse de acuerdo con esta comprensión.

¿Por qué concluir algo distinto a la evidencia de los argumentos? La respuesta a este interrogante parece ser sugerida por la misma Constitución; el artículo 246 de la Carta –como se ha mencionado–, al reconocer la jurisdicción especial indígena condicionó la autonomía de las autoridades tradicionales a la Constitución y a las leyes, y anunció además la futura redacción de una norma para efectos de establecer la tan esperada coordinación entre la jurisdicción especial y el sistema judicial nacional. La Corte Constitucional acuciosamente, ante la demora incondicionada de esta ley, se ha dado a la tarea de emprender tal labor coordinadora; en ejercicio de ella, y en cumplimiento de su misión de guardiana de la norma fundamental (y a pesar de las frases tan bonitas dichas en defensa de la diversidad cultural), ha señalado como criterio de coordinación la concordancia de la jurisdicción especial con la Constitución Política.

El resultado: una jurisdicción especial con autonomía condicionada por la propia Constitución y confirmada, pese a los argumentos en contra, por el intérprete autorizado de ésta. Paradójicamente, la Constitución colombiana y la Corte Constitucional consagran y defienden respectivamente el respeto a la diversidad étnica y cultural, y reconocen la existencia de una jurisdicción especial indígena, defectuosa desde su formulación inicial por obedecer al contrasentido (afirmado también en sede constitucional) de una autonomía relativa, limitada en función de su concordancia con las disposiciones legales nacionales.

---

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 40.

La consagración constitucional de la diversidad étnica y cultural admitida con reservas aparece en Colombia como fuente de una jurisdicción especial, condicionada y sujeta a la normatividad nacional, y como manifestación de un etnocentrismo que pese a actos de contricción pasados y presentes, reaparece y reaparecerá cada vez que un indígena sea juzgado por la jurisdicción ordinaria en el ámbito jurídico penal, desconociendo con ello la autonomía de las autoridades tradicionales y de sus formas de administrar justicia en el contexto de un Estado indiscutiblemente multicultural.

## CONCLUSIONES

- El paralelismo jurídico que desde la legislación colonial y durante la época republicana determinó el juzgamiento de las conductas delictivas o transgresiones de los indígenas a lo dispuesto por la ley penal nacional, bajo el supuesto de encontrarse frente a un delito cometido por un indígena civilizado, y en caso contrario, es decir, frente a individuos bárbaros o salvajes, a lo establecido en la ley de sus respectivas comunidades, es un rasgo que persiste aún en las disposiciones penales nacionales que continúan señalando que la regla general frente a estos casos es el sometimiento de los indígenas *aculturados* a estas disposiciones; dejando abierta la posibilidad de juzgamiento de los indígenas *no aculturados* por parte de sus autoridades tradicionales de conformidad con la consagración constitucional de la jurisdicción especial indígena.

- La consagración constitucional de la jurisdicción especial indígena ha desempeñado dos labores contrarias a los principios de pluralismo jurídico y multiculturalismo que inspiraron dicho reconocimiento: ha subrayado en el ámbito jurídico colombiano el imperio de la incertidumbre como regla general frente al juzgamiento de un delito cometido por un indígena, y ha elevado a norma fundamental la ambigüedad normativa a la cual históricamente han sido sometidos los miembros de las comunidades indígenas, mediante la coexistencia anunciada en sede constitucional de dos jurisdicciones (la nacional y la indígena) con sendas disposiciones aplicables a tales sujetos.

- La coexistencia de jurisdicciones a la cual se encuentran actualmente sometidos, a manera de herencia colonial, los miembros de las comunidades indígenas en Colombia, ha posibilitado y permitido a estos sujetos de derecho la instrumentalización de las normas penales aplicables en una u otra jurisdicción. De acuerdo con lo anterior, el criterio para acudir a cualquiera de estas disposiciones ha dejado de obedecer al enrevesado asunto de la determinación del funcionario competente para atender principalmente a la práctica de

favorabilidad entre las sanciones consagradas por una u otra jurisdicción.

- Pese al vacío legal, que desatendiendo el mandato del artículo 246 de la Constitución de 1991, guarda silencio frente a la coordinación de jurisdicciones coexistentes –a las que se encuentran sujetos los miembros de las comunidades indígenas–, la Corte Constitucional ha asumido dicha labor anotando que de acuerdo con lo establecido por la norma de normas las decisiones de las autoridades tradicionales indígenas deben, en todo caso, estar en concordancia con lo establecido por la Constitución y la ley, recordando con esta vieja fórmula la principal pretensión del etnocentrismo jurídico frente a normas y prácticas jurídicas provenientes de otras culturas: la asimilación.

- El reconocimiento constitucional de una jurisdicción indígena relativa y condicionada es el resultado de la consagración constitucional de un multiculturalismo y un pluralismo jurídico asumidos con reservas, en virtud de los cuales, contradictoriamente, se condiciona la autonomía de dicha jurisdicción a la concordancia con la Constitución y las leyes, en vez de abordarse tales principios como presupuestos alternativos y necesarios para el reconocimiento de una jurisdicción indígena autónoma.

## BIBLIOGRAFÍA

- BENÍTEZ Naranjo, Hernán Darío (1997), “Jurisdicción Especial Indígena: implicaciones de su consagración constitucional”, en Seminario Nacional sobre Jurisdicción Especial Indígena, *Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas. La Jurisdicción Especial Indígena*, Popayán, Ministerio del Interior, Dirección General de Asuntos Indígenas, CRIC.
- KYMLICKA, Will (1995), *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós.
- MORALES Tunubalá, Álvaro (1997), “El pueblo guambiano y su justicia tradicional ante la Jurisdicción Especial Indígena”, en Seminario Nacional sobre Jurisdicción Especial Indígena, *Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas. La Jurisdicción Especial Indígena*, Popayán, Ministerio del Interior, Dirección General de Asuntos Indígenas, CRIC.
- OTS Capdequí, José María (1969), *Historia del derecho español en América y del derecho indiano*, Madrid, Biblioteca Aguilar.
- SANTOS, Boaventura de Sousa y GARCÍA Villegas, Mauricio (2001), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomo II, Bogotá, Siglo del Hombre Editores.

### Sentencias:

- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 23 de julio de 1948, M. P. Domingo Saraty M., en *Gaceta Judicial*, núm. 2064-2065, Tomo LXIV, Bogotá, junio-julio-agosto de 1948.

República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 18 de septiembre de 1984, M. P. Luis Enrique Aldana Rozo, en *Gaceta Judicial*, núm. 155, Tomo XIII, Bogotá, septiembre-octubre-noviembre de 1984.

República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-254, mayo 30 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, en Relatoría Corte Constitucional, Tomo 28, Año 1994, sentencias 251 a 261.

República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-496, septiembre 26 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz, en Relatoría Corte Constitucional, Tomo 42, Año 1996, sentencias 486- 496.

República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-370, mayo 14 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.