

ÉD GAR SOLANO GONZÁLEZ

*La jurisdicción especial indígena
ante la Corte Constitucional*

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de 1991, como resultado de un proceso participativo y pluralista, reconoce en su artículo 7.º el carácter pluriétnico y multicultural de la nación colombiana, así como establece algunos derechos específicos para ciertos grupos de personas. Este principio es desarrollado en los artículos 8.º y 72, que establecen como obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas naturales y culturales de la nación, en los artículos 10.º y 68, que prescriben la oficialidad de las lenguas y dialectos de los grupos étnicos en sus propios territorios, y en el artículo 70, que reconoce la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país¹. Por su parte, las comunidades indígenas forman una circunscripción especial para la elección de senadores y representantes (arts. 171 y 176 C. P.), ejercen funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes de la República (art. 246 C. P.), se gobiernan por consejos indígenas según sus usos y costumbres de acuerdo con la Constitución y la ley (arts. 286, 287, 289 y 330 C. P.) y sus territorios o resguardos son de propiedad colectiva y de naturaleza inalienable, imprescriptible e inembargable (arts. 63 y 329 C. P.)². Asimismo, la Corte Constitucional ha considerado que las comunidades indígenas son sujetos colectivos titulares de derechos fundamentales³ y, por ende, están “legitimadas para iniciar procesos de tutela cuando concurren los demás presupuestos procesales”⁴. En este sentido, el juez constitucional ha manifestado lo siguiente:

-
- 1 En Colombia, además de los indígenas existen otras minorías distintas, a las cuales se les reconocieron diferencias étnicas y culturales: afrocolombianos y raizales de San Andrés, Santa Catalina y Providencia.
 - 2 A este respecto, no sobra advertir que las normas constitucionales mencionadas, sobre las cuales se funda la especial protección que se dispensa a las comunidades indígenas, resultan fortalecidas y complementadas por lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, incorporado al ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 21 de 1991, que hasta la fecha es el único instrumento jurídico internacional sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas.
 - 3 La Corte Constitucional ha señalado que los derechos fundamentales de los cuales son titulares las comunidades indígenas son, básicamente, el derecho a la subsistencia, derivado de la protección constitucional a la vida (art. 11 C. P.); el derecho a la integridad étnica, cultural y social, que se desprende no sólo de la protección a la diversidad y del carácter pluralista de la nación (arts. 1.º y 7.º C. P.), sino también de la prohibición de toda forma de desaparición forzada (art. 12 C. P.); el derecho a la propiedad colectiva (arts. 58, 63 y 329 C. P.); y el derecho a participar en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios (sent. SU-510 de 1998, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ).
 - 4 NÉSTOR IVÁN OSUNA PATIÑO. “La titularidad de derechos fundamentales y la legitimación activa en el proceso de tutela. Estado de la cuestión en el derecho colombiano”, *VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 1067.

La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser “sujeto” de derechos fundamentales. En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a “la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana” [arts. 1.º y 7.º C. P.]. La protección que la Carta extiende a la anotada diversidad se deriva de la aceptación de formas diferentes de vida social cuyas manifestaciones y permanente reproducción cultural son imputables a estas comunidades como sujetos colectivos autónomos y no como simples agregados de sus miembros que, precisamente, se realizan a través del grupo y asimilan como suya la unidad de sentido que surge de las distintas vivencias comunitarias [...] Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos [art. 88 C. P.] En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes⁵.

En este orden de ideas, la Constitución Política reconoce que, por un lado, los indígenas considerados individualmente son “titulares de todos los derechos que se reconocen a los demás ciudadanos”⁶ y, por otro, la comunidad indígena como ente colectivo tiene derecho “a ser diferente y a tener el soporte del Estado para proteger tal diferencia”⁷. Por tanto, la Constitución Política confiere titularidad en materia de derechos fundamentales “no sólo a los individuos considerados en forma aislada, sino también a los diversos grupos que forman la sociedad plural que la propia Constitución reconoce y promueve”⁸.

Por otra parte, el artículo 246 de la Constitución Política establece la jurisdicción especial indígena; según este artículo, las autoridades indígenas pueden ejercer funciones jurisdiccionales⁹, dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus usos y costumbres¹⁰, siempre y cuando se respete la Constitución y la ley. Sobre el tema, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

5 Sentencia T-380 de 1993, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

6 Sentencia T-496 de 1996, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

7 Ídem.

8 NÉSTOR IVÁN OSUNA PATIÑO. Ob. cit., nota 4, p. 1062.

9 Sobre el tema cfr. ESTHER SÁNCHEZ BOTERO. “Aproximación desde la antropología jurídica a la justicia de los pueblos indígenas”, en BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS y MAURICIO GARCÍA VILLEGAS (coords.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Siglo del Hombre Editores, 2001, pp. 159 a 199.

10 En Colombia existen 81 grupos étnicos distribuidos en todo el territorio nacional con sus propias

El análisis de esta norma muestra los cuatro elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional: la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dicha jurisdicción y normas a la Constitución y a la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional. Los dos primeros elementos conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas —que se extiende no sólo al ámbito jurisdiccional sino también al legislativo—, en cuanto incluye la posibilidad de creación de normas y procedimientos, mientras que los dos segundos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional¹¹.

En efecto, la jurisdicción especial indígena es una manifestación de la autonomía jurídica y política reconocida a las comunidades indígenas en la Constitución Política (arts. 246 y 330 C. P.). El ejercicio de la jurisdicción especial indígena “No está condicionado a la expedición de una ley que la habilite, como podría pensarse a primera vista”¹², pues al legislador corresponde únicamente la obligación de regular la forma de coordinación de dicha jurisdicción con el sistema judicial nacional. Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente:

La Constitución tiene efectos normativos directos, como lo ha afirmado esta Corte reiteradamente, de tal manera que si bien es de competencia del legislador coordinar el funcionamiento de la jurisdicción indígena y la jurisdicción nacional, el funcionamiento mismo de ésta no depende de dicho acto del legislativo¹³.

Ahora bien, pese a la “omisión absoluta” del Congreso en expedir la ley de coordinación entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordina-

particularidades específicas, es decir, cada comunidad indígena cuenta con su propia organización social, política, religiosa y judicial. Por tanto, no podría definirse, en principio, de manera unívoca el concepto de autoridad indígena encargada de ejercer funciones jurisdiccionales. No obstante, se trata de autoridades que según la especificidad cultural de cada comunidad indígena tienen potestad de resolver conflictos y de regular la vida social: por ejemplo, hoy existen pueblos que juzgan homicidios, tales como los Embera, que tienen más o menos 30 condenados, por lo cual se deberá acudir a los usos y costumbres de cada comunidad indígena para determinar quiénes son las autoridades que pueden ejercer funciones judiciales dentro de sus territorios. Por otra parte, el artículo 246 de la Constitución Política no hace ninguna distinción respecto de las materias que deben conocer las autoridades indígenas que ejercen funciones jurisdiccionales, por lo cual podría afirmarse, en principio, que pueden conocer de cualquier asunto que tenga ocurrencia dentro de su ámbito territorial, siempre y cuando esté previsto dentro de sus usos y costumbres.

¹¹ Sentencia C-139 de 1996, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

¹² Ídem.

¹³ Ídem.

ria¹⁴, la Corte Constitucional, a través de la revisión de sentencias de tutela, ha definido¹⁵, por un lado, los límites que deben respetar las autoridades indígenas al imponer una sanción a uno de sus miembros y, por otro, los elementos que constituyen la noción de fuero indígena, a fin de que los indígenas sean juzgados por sus propias autoridades, de conformidad con sus usos y costumbres, en “aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo”¹⁶.

II. LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA

La primera sentencia que abordó el tema de los límites que deben respetar las autoridades indígenas fue la sentencia T-254 de 1994. En este fallo la Corte Constitucional se enfrentó a una acción de tutela interpuesta por el indígena ANANÍAS NARVÁEZ contra la directiva del cabildo de la comunidad indígena de El Tambo, en razón de que esta última vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, a la honra, al buen nombre y a la vida, y desconoció la prohibición constitucional de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. El demandante fue expulsado de la comunidad, junto con su familia, por la supuesta comisión del delito de hurto, y además, en su concepto, se le negó el reconocimiento de unas mejoras realizadas sobre una parcela. El juez de primera instancia denegó la protección solicitada por el accionante, en virtud de que la decisión adoptada por el cabildo indígena es un acto democrático y no un acto judicial, de conformidad con lo establecido en el artículo 246 de la Constitución Política. El apoderado del actor impugnó la anterior sentencia, en razón de que la decisión del cabildo indígena es un acto jurisdiccional susceptible de control judicial. El juez de segunda instancia confirmó la decisión impugnada, por cuanto “la expulsión del petente no había sido arbitraria y que el reconocimiento de mejoras pretendido por el actor era un asunto no susceptible de ser resuelto por vía de la acción de tutela”¹⁷. La Corte Constitucional, en el asunto sometido a su consideración, determinó las siguientes reglas:

14 Sobre el punto cfr. EDGAR SOLANO GONZÁLEZ. *Sentencias manipulativas e interpretativas y respeto a la democracia en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000; MARCOS GÓMEZ PUENTES. *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, Madrid, McGraw-Hill, 1997; VÍCTOR BAZÁN. “Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales: una visión de derecho comparado”, en MIGUEL CARBONELL, (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

15 Sobre el tema cfr. NÉSTOR IVÁN OSUNA PATIÑO. *Tutela y amparo: derechos protegidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998; NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO. *Derecho procesal de la acción de tutela*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2001.

16 Sentencia T-349 de 1996, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

17 Ídem.

En primer lugar, el accionante se encuentra en situación de indefensión respecto de la decisión de la comunidad indígena, pues no existe mecanismo judicial de defensa contra ésta; por tanto, la acción de tutela procede en este caso.

En segundo lugar, la autonomía política y jurídica reconocida a las comunidades indígenas debe “ejercerse dentro de los estrictos parámetros señalados por el mismo texto constitucional: de conformidad con sus usos y costumbres, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a la ley (arts. 246, 330 C. P.), de forma que se asegure la unidad nacional”¹⁸.

En tercer lugar, la Corporación determinó un criterio de interpretación, según el cual “a mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía”¹⁹.

En cuarto lugar, los derechos fundamentales constituyen un límite material al principio de diversidad étnica y cultural, así como a “los códigos de valores propios de las diversas comunidades indígenas que habitan el territorio nacional, las que, dicho sea de paso, estuvieron representadas en la Asamblea Nacional Constituyente”²⁰. Además, el mencionado límite se encuentra consagrado en los artículos 8.º y 9.º del Convenio 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, incorporado al ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 21 de 1991²¹. Sobre el punto, la Corte manifestó lo siguiente:

La plena vigencia de los derechos fundamentales constitucionales en los territorios indígenas como límite al principio de diversidad étnica y constitucional es acogido en el plano del derecho internacional, particularmente en lo que tiene que ver con los derechos humanos como código universal de convivencia y diálogo entre las culturas y, presupuesto de la paz, de la justicia, de la libertad y de la prosperidad de todos los pueblos²².

En quinto lugar, las leyes imperativas prevalecen sobre los usos y costumbres, siempre que protejan “directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural”²³.

18 Sentencia T-254 de 1994, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

19 Ídem.

20 Ídem.

21 Sobre el tema cfr. JORGE ALBERTO GONZÁLEZ GALVÁN, “El reconocimiento del derecho indígena en el Convenio 169 de la OIT”, en JOSÉ EMILIO ROLANDO ORDÓÑEZ CIFUENTES (coord.), *Análisis interdisciplinario del Convenio 169 de la OIT*, IX Jornadas Lascasianas, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 81 a 97.

22 Ídem.

23 Ídem.

En sexto lugar, los usos y costumbres de las comunidades indígenas priman sobre las normas legales dispositivas (p. ej. las leyes civiles).

La Corte Constitucional, con base en las anteriores consideraciones, resolvió los siguientes problemas jurídicos: ¿cuál es la naturaleza jurídica de la decisión adoptada por el cabildo de la comunidad indígena de El Tambo? ¿Cuáles son los límites que deben respetar las autoridades indígenas que ejercen funciones jurisdiccionales?

De esta manera, el juez constitucional consideró que la decisión adoptada por la comunidad indígena de El Tambo es un “verdadero acto judicial mediante el que se impuso una sanción por la comisión de una conducta contraria a las normas internas de la comunidad y lesiva de sus intereses”²⁴. Al respecto, Sánchez manifiesta lo siguiente:

Al establecer que cualquier juez de la República puede revisar la constitucionalidad de estos fallos la Corte integró definitivamente la jurisdicción especial al ordenamiento nacional²⁵.

Por otra parte, la Corte determinó como límite a la potestad sancionadora de las autoridades indígenas, la prohibición de imponer penas de destierro, prisión perpetua y confiscación (art. 38 C. P.). En efecto, el juez constitucional consideró que, por un lado, la sanción de expulsar al accionante del territorio indígena no quebranta la Constitución Política ni los tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 93 C. P.), pues la pena de destierro sólo se refiere “a la expulsión del territorio del Estado y no a la exclusión de las comunidades indígenas que habitan un espacio de dicho territorio pero que no exhiben el carácter de Naciones”²⁶; y, por otro, la comunidad indígena, al privar al demandante y a su familia de las mejoras realizadas sobre una parcela, vulneró el artículo 38 de la Constitución Política que prohíbe la pena de confiscación. Por tanto, el accionante deberá acudir a la jurisdicción ordinaria, a fin de que ésta decida sobre aquéllas. Sobre el particular, la Corte manifestó lo siguiente:

Si bien la propiedad de la cual puede ser titular una comunidad indígena tiene carácter colectivo, no escapa a esta Corte que en la medida en que sus usos y costumbres permitan el reconocimiento de mejoras efectuadas por sus miembros, la sanción consis-

24 GONZÁLEZ GALVÁN. “El reconocimiento...”, cit., pp. 81 a 97.

25 BEATRIZ EUGENIA SÁNCHEZ. “La jurisdicción indígena ante la Corte Constitucional”, en *Observatorio de justicia constitucional. Balance jurisprudencial de 1996*, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores, 1996, p. 341.

26 Ídem.

tente en la expulsión de uno de sus integrantes que, al mismo tiempo, signifique la pérdida absoluta de aquéllas, equivale a la pena de confiscación constitucionalmente proscrita²⁷.

Además, el juez constitucional señaló como límite a la potestad sancionadora de las autoridades indígenas el derecho fundamental al debido proceso (art. 29 C. P.), pues garantiza 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”²⁸.

Por último, la Corte determinó que la sanción de expulsión impuesta por las autoridades indígenas al peticionario y a su familia resultó desproporcionada, pues “trascendió a la persona del infractor y terminó por cobijar a los miembros de su familia”²⁹ y, por ende, vulneró el artículo 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual “la pena no puede trascender la persona del delincuente”³⁰. En este sentido, la Corporación manifestó lo siguiente:

La pena impuesta al peticionario se revela desproporcionada y materialmente injusta por abarcar a los integrantes de su familia, circunstancia que genera la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y a la integridad física de sus hijos³¹.

En este orden de ideas, la Corte concedió la protección solicitada por el accionante, en razón de que el demandado, al expulsarlo junto con su familia, de las tierras de la comunidad indígena, vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso y a la integridad personal; por tanto, el juez constitucional revocó las decisiones de instancia, y ordenó a los miembros del cabildo indígena adoptar una “nueva decisión en lo referente a la conducta del peticionario, con estricta sujeción a las normas constitucionales del debido proceso, en particular cuidando de no vulnerar los derechos fundamentales de terceros ajenos a los hechos objeto de juzgamiento y sanción”³².

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional en la Sentencia T-349 de 1996 manifestó que no todas las normas constitucionales y legales constituyen

27 Ídem.

28 Ídem.

29 Ídem.

30 Ídem.

31 Ídem.

32 Ídem.

un límite al ejercicio de las funciones jurisdiccionales de las autoridades indígenas; de lo contrario, el “reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico”³³. El juez constitucional, a través del principio de “la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía”³⁴, determinó que las autoridades indígenas se encuentran sometidas a unos “mínimos aceptables”, por lo que “sólo pueden estar referidos a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre”³⁵. En efecto, la Corporación señaló que este “núcleo de derechos intangibles incluirá solamente el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura”³⁶. La Corte fundamentó la citada postura en que, por un lado, sobre estos derechos existe un “verdadero consenso intercultural” y, por otro, son derechos que, de conformidad con los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario, hacen parte del “núcleo de derechos intangibles” que “no pueden ser suspendidos ni siquiera en las situaciones de conflicto armado”³⁷. Asimismo, la Corte adicionó a este conjunto de derechos el de la legalidad en el procedimiento y, en materia penal, la legalidad de los delitos y de las penas, por expresa exigencia constitucional, ya que “el artículo 246 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 conductas”³⁸. Al respecto, la Corte Constitucional expresó lo siguiente:

Las autoridades indígenas están obligadas necesariamente a actuar conforme lo han hecho en el pasado, con fundamento en las tradiciones que sirven de sustento a la cohesión social [...] no puede extenderse este requerimiento hasta volver completamente estáticas las normas tradicionales, en tanto que toda cultura es esencialmente dinámica, así el peso de la tradición sea muy fuerte³⁹.

Así por ejemplo, el indígena embera-chami OVIDIO GONZÁLEZ WASORNA interpuso acción de tutela contra la asamblea general de cabildos en pleno de la

33 Sentencia T-349 de 1996, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

34 Ídem.

35 Ídem.

36 Ídem.

37 Ídem.

38 Ídem.

39 Ídem.

comunidad a la que pertenece y contra el cabildo mayor único de Risaralda, por vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa, a la vida y a la integridad personal. Las circunstancias fácticas del caso pueden resumirse de la siguiente manera:

En septiembre de 1994, el accionante y otro miembro de la comunidad indígena fueron capturados por los “auxiliares locales” del cabildo local de Purembará, por la presunta comisión del delito de homicidio de JESÚS EDGAR NIAZA DOBIGAMA, también perteneciente a la comunidad indígena embera-chami (en el momento de su captura se escuchó su versión de los hechos). Posteriormente los sindicados escaparon del calabozo de la comunidad y se entregaron a la Fiscalía 24 de Belén de Umbría, donde manifestaron que habían sido amenazados y torturados por miembros de la colectividad. La Fiscalía 24 de Belén de Umbría inició la respectiva investigación y, además, le asignó a los sindicados defensores de oficio. Como resultado de la investigación, el fiscal ordenó la libertad del compañero del accionante, en razón de que no existían pruebas en su contra. El 14 de enero de 1995 el cabildo mayor único de Risaralda notificó al accionante que, había sido condenado a 8 años de cárcel, en reunión celebrada en Cicuepa los días 2 y 3 de diciembre de 1994. Al conocer la mencionada decisión, la Fiscalía dio por terminada la investigación. El 15 de febrero de 1995, la asamblea general del cabildo, en la que participaron tanto los familiares de la víctima como los del acusado, aumentó la pena del accionante a 20 años de cárcel, en razón de la calidad del occiso y de los antecedentes del actor. El demandante interpuso acción de tutela contra la asamblea general de los cabildos y contra el cabildo mayor único de Risaralda, por cuanto éstos vulneraron sus derechos fundamentales a la vida, a la integridad, al debido proceso y a la defensa. El juez de primera instancia concedió la protección solicitada por el accionante, en virtud de que los demandados habían vulnerado su derecho fundamental al debido proceso.

La Corte Constitucional en el caso concreto determinó lo siguiente:

En primer lugar, el castigo del cepo no vulnera la integridad física del accionante, pues se trata de 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”⁴⁰.

En segundo lugar, las autoridades de la respectiva comunidad indígena juzgaron al accionante siguiendo “estrictamente el procedimiento establecido en su ordenamiento”⁴¹, por lo cual no hubo vulneración del derecho fundamental

⁴⁰ Ídem.

⁴¹ Ídem.

al debido proceso. En este caso, la Corte determinó que el segundo juicio realizado al demandante tenía por objeto evitar un conflicto entre los miembros de la familia del occiso y del sindicado⁴²; por tanto, la participación de los familiares de este último en el segundo juzgamiento constituye un “sucedáneo del derecho de defensa”⁴³. La Corte en el caso concreto interpretó el derecho fundamental al debido proceso conforme a la cosmovisión de la respectiva comunidad indígena. Sobre el tema, el juez constitucional manifestó lo siguiente:

Aunque parecería extraña a la mentalidad de los embera-chami 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 una censura a la arbitrariedad, y es ésa 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*⁴⁴ (cursiva fuera de texto).

En tercer lugar, el accionante fue condenado a una pena de 20 años de prisión; sin embargo, dentro del ordenamiento jurídico de los Embera-Chami el delito de homicidio en estado de embriaguez tiene una sanción de tres años de trabajo forzado y el cepo, por lo cual la Corte resolvió el siguiente problema jurídico: ¿la comunidad indígena vulneró el principio de legalidad de los delitos y de las penas al imponer a uno de sus miembros una sanción no contemplada dentro de sus usos y costumbres?

En consecuencia, el juez constitucional determinó que las autoridades indígenas juzgaron al accionante de acuerdo con sus usos y costumbres, pero le impusieron a éste una pena no contemplada dentro de su respectivo ordenamiento jurídico, por lo cual se vulneró su derecho fundamental al debido proceso restringido en su contenido a la legalidad de los delitos y de las penas.

Finalmente, la Corte dejó sin efectos la decisión adoptada por la asamblea general de cabildos el 15 de febrero de 1995, con el fin de “preguntarle a la comunidad si desea juzgar nuevamente al actor, imponiéndole una de las sanciones tradicionales, o si, por el contrario, prefiere que el caso sea resuelto por la justicia ordinaria”⁴⁵.

42 Si se juzgó nuevamente al accionante era porque se pretendía subsanar las irregularidades del primer juicio, pues el accionante debe ser juzgado por toda la comunidad, con la presencia tanto de los familiares de éste como de los de la víctima.

43 Ídem.

44 Ídem.

45 Ídem.

En otro ejemplo, el indígena paéz FRANCISCO GEMBUEL PECHENE interpuso acción de tutela contra el gobernador del cabildo indígena de Jambaló y contra el presidente de los cabildos de la zona norte del Cauca, por vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, a la igualdad y al debido proceso⁴⁶.

Las circunstancias fácticas del caso pueden resumirse de la siguiente manera:

El 19 de agosto de 1996 fue asesinado MARDEN ARNULFO BETANCUR, quien se desempeñaba como alcalde de Jambaló. En consecuencia, el 21 de agosto de 1996 los gobernadores de los cabildos de la zona norte del Cauca decidieron asumir la investigación del mencionado caso y, por ende, ordenaron la aprehensión del accionante, junto con cinco personas más, por la presunta participación en la muerte del alcalde. La acusación contra el demandante se fundamentó en “haber propiciado la muerte del Alcalde, por haberlo señalado ante la guerrilla como paramilitar, y por haber sostenido públicamente que MARDEN BETANCUR estaba conformando una cooperativa rural de seguridad y había malversado fondos públicos”⁴⁷. Durante el trámite de la investigación se recibió el testimonio del actor y la ampliación de su indagatoria con la asistencia de un defensor miembro de la comunidad indígena de Jambaló. Posteriormente los miembros de los resguardos indígenas se reunieron en la asamblea general de los cabildos de la zona norte, con el objeto de conocer los resultados de la investigación y, en consecuencia, decidieron que “el sindicado era culpable y dio lectura a los castigos: 60 fuetazos (2 por cada cabildo), expulsión, y pérdida del derecho a elegir y ser elegido para cargos públicos y comunitarios”⁴⁸. De esta manera, el accionante interpuso acción de tutela por la vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la vida y a la igualdad. El juez de primera instancia concedió la protección solicitada por el accionante, en razón de que los demandados vulneraron sus derechos fundamentales a la defensa y a la integridad personal. Además, el mencionado despacho consideró que la pena de 60 fuetazos constituye una práctica de tortura⁴⁹. Finalmente, el juez declaró la nulidad del proceso adelantado contra el actor y ordenó a la respectiva comunidad adelantar nuevamente la investigación garantizando “el debido proceso, el derecho de defensa y los derechos humanos al momento de determinar la pena”⁵⁰.

46 Sobre el tema cfr. HERINALDY GÓMEZ VALENCIA. *De la justicia y el poder indígena*, Popayán, Universidad del Cauca, 2000, pp. 21 a 69.

47 Sentencia T-523 de 1997, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

48 Ídem.

49 El fuetazo consiste en la flagelación corporal con un perrero de arriar ganado.

50 Sentencia T-523 de 1997, cit.

La Corte Constitucional en el mencionado caso resolvió los siguientes problemas jurídicos: ¿corresponde a las características del ordenamiento jurídico páez de Jambaló el procedimiento que adelantaron las autoridades de los cabildos indígenas de la zona norte del Cauca? ¿La ausencia de abogado defensor dentro del juicio que adelantó la comunidad indígena Páez constituye una vulneración del derecho a la defensa? ¿La pena del fueite constituye una tortura que vulnera el derecho a la integridad personal del accionante?

En primer lugar, la Corte manifestó que las autoridades indígenas juzgaron al accionante de acuerdo con sus usos y costumbres, por lo cual no hubo vulneración del derecho fundamental al debido proceso. Asimismo, el juez constitucional, de conformidad con las pruebas obrantes en el proceso, determinó que las autoridades indígenas no vulneraron el derecho a la defensa del actor, pues permitieron a éste, por un lado, ser asistido por un defensor, siempre y cuando fuera miembro activo de la comunidad y, por otro, rendir sus descargos durante la asamblea general⁵¹. En este sentido, la Corporación señaló lo siguiente:

Ahora bien, en cuanto al derecho de defensa, que el actor insiste, fue violado con la negativa de la comunidad de ser asistido por un abogado, es preciso aclarar que, en contra de lo establecido por los jueces de tutela, *los medios para ejercer este derecho en los casos que adelantan las autoridades indígenas, no tienen que ser aquéllos contemplados por las normas nacionales o los tratados internacionales, sino los que han sido propios dentro del sistema normativo de la comunidad*⁵² (cursiva fuera de texto).

En segundo lugar, la Corte entró a determinar si la sanción del fueite constituye una tortura o pena inhumana y degradante a la luz de, por una parte, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes incorporada al ordenamiento jurídico mediante la Ley 78 de 1986, la cual define la tortura como “... todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales...”⁵³ y, por otra, la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, según la cual “no todas las penas corporales constituyen tortura y que para que adquieran tal entidad los sufrimientos producidos deben ser graves y crueles”⁵⁴. En este sentido, la Corporación determinó lo siguiente:

51 En Jambaló, por ejemplo, el acusado puede ser defendido por un miembro que conozca la lengua y las costumbres y, además, tiene la oportunidad de hablar personalmente durante la asamblea, para contradecir a los testigos que declararon en su contra.

52 Ídem.

53 Ídem.

54 Ídem.

La Corte estima que el sufrimiento que esta pena podría causar al actor no reviste los niveles de gravedad requeridos para que pueda considerarse como tortura, pues el daño corporal que produce es mínimo. Tampoco podría considerarse como una pena degradante que “humille al individuo groseramente delante de otro o en su mismo fuero interno”, porque de acuerdo con los elementos del caso, esta es una práctica que se utiliza normalmente por los paeces y cuyo fin no es exponer al individuo al “escarmiento público”, sino buscar que recupere su lugar en la comunidad⁵⁵.

Por último, el juez constitucional determinó que la sanción de expulsión del territorio indígena impuesta al accionante no excede los límites del ejercicio de la jurisdicción indígena, pues de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos no constituye una pena de destierro⁵⁶.

III. FUERO INDÍGENA

La Corte Constitucional, en la Sentencia T-496 de 1996, determinó los elementos que constituyen la noción de fuero indígena. Por una parte, el elemento personal, con el que se pretende señalar que “el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad”⁵⁷; y, por otra, el elemento territorial, según el cual las autoridades indígenas pueden juzgar “las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas”⁵⁸. Sin embargo, cuando un indígena realiza una acción reprochable afectando a quien “no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo”⁵⁹, el juez penal puede “enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad”⁶⁰. Por tanto, éste deberá tener en cuenta los siguientes criterios de interpretación:

En primer lugar, cuando la conducta del indígena sólo es sancionada por el ordenamiento jurídico nacional, en principio, los jueces penales son los competentes para conocer del caso; sin embargo, éstos deberán “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”⁶¹.

⁵⁵ Ídem.

⁵⁶ Cfr. artículo 5.º de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (aprobado por la Ley 16 de 1972) y artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (aprobado por la Ley 74 de 1968).

⁵⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-496 de 1996, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

⁵⁸ Ídem.

⁵⁹ Ídem.

⁶⁰ Ídem.

⁶¹ Ídem.

En segundo lugar, si la conducta se encuentra sancionada en ambos ordenamientos, el juez penal deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar “si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos”⁶².

Verbigracia, el indígena paéz LIBRADO GUAINAS FINSQUE interpuso acción de tutela contra el Juzgado Tercero Penal del Circuito de la Plata, Huila, por vulneración de sus derechos fundamentales a la protección de la diversidad étnica y cultural, al reconocimiento de su lengua, a la igualdad, a la libertad de conciencia, a la libertad de cultos y al derecho que tienen las comunidades indígenas de ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial. Los hechos que motivaron la mencionada acción de tutela son los siguientes:

El 7 de noviembre de 1993, en la vereda de Bajo Cañada, Huila, el accionante asesinó a GREGORIO PUMBA GUTIÉRREZ, quien era su compañero de trabajo. En consecuencia, la Fiscalía inició la respectiva investigación y, además, decretó un dictamen pericial con el objeto de determinar “una posible inimputabilidad por inmadurez psicológica, debido a la calidad de indígena desadaptado al medio social en que se desenvuelve”⁶³. De esta manera, la antropóloga forense dictaminó que el accionante debía volver a su entorno cultural, pues éste es “fiel a sus tradiciones y costumbres y su ancestro cultural incide notablemente en su comportamiento”⁶⁴; por el contrario, el psiquiatra forense consideró que el actor tenía la capacidad suficiente para comprender la ilicitud de su comportamiento, en razón de que ha tenido bastante “contacto con la civilización”⁶⁵.

Por consiguiente, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de la Plata, Huila, mediante sentencia del 26 de abril de 1995, condenó al accionante a la pena de 20 años y 10 meses de prisión, por el delito de homicidio. El citado despacho judicial consideró que el actor no era inimputable, pues al momento de la comisión del hecho punible comprendía la ilicitud de su conducta⁶⁶. El apoderado del accionante impugnó la anterior decisión, en razón de que su defendido era inimputable y, por ende, debía ser regresado a su entorno cultural. El 5 de julio de 1995, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva rechazó las pretensiones del accionante y confirmó la sentencia condenatoria.

62 Corte Constitucional. Sentencia T-496 de 1996, cit.

63 Ídem.

64 Ídem.

65 Ídem.

66 El accionante no padecía de trastorno mental o de inmadurez psicológica que le impidiera comprender la ilicitud de su conducta.

El actor interpuso acción de tutela contra el Juzgado Tercero Penal del Circuito de la Plata, Huila, a fin de que fuera juzgado por su comunidad, de conformidad con sus usos y costumbres. El juez de primera instancia denegó la protección solicitada por el accionante, en razón de que en el proceso penal fue ampliamente debatido el objeto de la controversia. La anterior sentencia fue impugnada por el apoderado del accionante; no obstante, el juez de segunda instancia confirmó dicha decisión, en virtud de que las normas penales prevalecen sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, pues aquellas tienen por objeto proteger la vida, que es un valor superior a la diversidad étnica y cultural. Como consecuencia de lo anterior, la Corte Constitucional resolvió los siguientes problemas jurídicos: ¿cuál es la jurisdicción competente para juzgar a un indígena que ha cometido el delito de homicidio, por fuera de su territorio, contra un miembro de otra comunidad indígena? ¿Los jueces penales incurrieron en vías de hecho al omitir la valoración del dictamen pericial emitido por el antropólogo forense, que recomendaba devolver al accionante a su entorno cultural?

En efecto, la Corte Constitucional, con base en las anteriores consideraciones, determinó que el accionante no tenía derecho al fuero indígena⁶⁷. Por una parte, el lugar de la comisión del hecho punible se encontraba fuera del territorio de la comunidad indígena paéz y, por otra, el actor abandonó por su propia voluntad la respectiva colectividad, por lo cual, “al ser un sujeto aculturado, capaz de entender los valores de la conducta mayoritaria, no resulta inconveniente juzgarlo de acuerdo con el sistema jurídico nacional”⁶⁸. Sobre el tema, la Corte Constitucional señaló lo siguiente:

De lo que se trata, es de cambiar la perspectiva del análisis, ya no fundada en un concepto de inmadurez psicológica, sino en la diferencia de racionalidad y cosmovisión que tienen los pueblos indígenas. El juez, en cada caso, debe hacer un estudio sobre la situación particular del indígena, observando su nivel de conciencia étnica y el grado de influencia de los valores occidentales hegemónicos, para tratar de establecer si conforme a sus parámetros culturales, sabía que estaba cometiendo un acto ilícito. De determinarse la falta de comprensión del contenido y alcance social de su conducta, el juez deberá concluir que ésta es producto de una diferencia valorativa y no de una inferioridad en las capacidades intelecto-volitivas; en consecuencia ordenará devolver al indígena a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades⁶⁹.

67 La Corte, en la mencionada sentencia del 26 de abril de 1995, señaló que el factor territorial no es suficiente para solucionar los conflictos de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena.

68 Ídem.

69 Ídem.

Finalmente, la Corte Constitucional determinó que los jueces penales no incurrieron en vías de hecho judiciales, pues éstos efectuaron una apreciación razonable sobre la imputabilidad del accionante, de conformidad con el acervo probatorio obrante en el expediente, sin que se “pueda concluir que por el hecho de aceptar el informe del psicólogo forense y no del antropólogo, se esté incurriendo en una conducta que afecte el derecho al debido proceso, o incluso el principio de diversidad étnica y cultural”⁷⁰. En este sentido, el juez constitucional señaló lo siguiente:

Tal valoración se hizo con base en todas las pruebas aportadas en el expediente, y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, no se encontró una justificación razonable que determinara que el sujeto, al momento de cometer el homicidio, no comprendía la ilicitud de la conducta o no podía determinarse frente a ella⁷¹.

A. EL ERROR INVENCIBLE DE PROHIBICIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-370 de 2002, resolvió la demanda de inconstitucionalidad interpuesta en contra de los artículos 33 parcial, 69 parcial y 73 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal⁷², que establecen la diversidad sociocultural como un factor de inimputabilidad y la reintegración al medio cultural como la medida de seguridad apropiada para esos eventos; esto es, que habiendo sido declarado un individuo como inimputable por diversidad sociocultural, el juez ordinario, previa coordinación con la autoridad de la respectiva comunidad, le debe imponer a éste una medida de seguridad consistente en el retorno a su medio cultural propio. La demandante considera que, por una parte, la noción de inimputabilidad y la imposición de una medida de seguridad a quienes no comparten los valores de la sociedad dominante vulnera el pluralismo consagrado en la Constitución Política como valor fundante del Estado colombiano; y, por otra, las normas impugnadas desconocen la jurisdicción especial indígena (art. 246 C. P.), al permitir que las autoridades nacionales juzguen y sancionen a un miembro de una comunidad indígena. Asimismo, según su parecer, la reintegración del indígena a su medio cultural no puede ser considerada una sanción, sino que “es un derecho constitucional fundamental del indígena hacer parte de su conglomerado social, de su comunidad ancestral, de sus valores y de su diferente cosmovisión”⁷³.

⁷⁰ Sentencia del 26 de abril de 1995.

⁷¹ Ídem.

⁷² Sentencia C-370 de 2002, M. P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

⁷³ Ídem.

Por otra parte, según el concepto de los expertos, el individuo que no puede comprender la ilicitud de su conducta, o determinarse de acuerdo con esa comprensión, no debe ser declarado inimputable por diversidad sociocultural, sino que debe ser absuelto por error de prohibición culturalmente condicionado⁷⁴. En otras palabras, la solución acorde con la Constitución Política no es declarar la inconstitucionalidad de las normas demandadas, sino reconocer por vía de interpretación constitucional, el error de prohibición culturalmente condicionado como causal de exoneración de responsabilidad penal. Según la opinión de los expertos, las disposiciones impugnadas deben ser aplicadas a “todas las personas y grupos que sean culturalmente diversos”⁷⁵. No obstante, el Procurador General de la Nación señala que las normas demandadas deben ser aplicadas a los indígenas que cometan delitos por fuera del territorio de su comunidad, por lo cual es “inevitable una intervención de la autoridad judicial nacional”⁷⁶. Por tanto, el juez penal debe limitarse a establecer “si el indígena puede o no comprender la ilicitud de su comportamiento, y en este último caso, ordenar su reintegro a su medio cultural para que sea juzgado por las autoridades de su comunidad”⁷⁷. Por último, el Procurador General de la Nación manifiesta que la reintegración del indígena infractor a su medio cultural propio “no puede tener una finalidad de rehabilitación o cura sino únicamente su juzgamiento por parte de la autoridad competente y con la finalidad de preservar su identidad cultural”⁷⁸.

Ahora bien, la Corte, antes de emprender el análisis constitucional, determinó que las normas impugnadas no son aplicables únicamente a los indígenas, sino que además pueden “aplicarse a otros grupos sociales y culturales” que posean un medio cultural definido y autoridades propias reconocidas por el Estado. Al respecto, la Corte Constitucional señaló:

El hecho de que las normas demandadas no hubieran explícitamente limitado esa figura a los indígenas, indica que ésta podría ser aplicable en otros casos, si se dan los presupuestos previstos por las disposiciones acusadas, a saber: i. Que la persona, en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica, no haya tenido la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por diver-

74 Sobre el tema cfr. HERNÁN DARÍO BENÍTEZ NARANJO. *Tratamiento jurídico penal del indígena colombiano. ¿Inimputabilidad o inculpabilidad?*, Bogotá, Temis, 1998, pp. 158 a 177; JOSÉ EMILIO ROLANDO ORDÓÑEZ CIFUENTES. “Justicia penal y democracia para los pueblos indios”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, n.ºs 209 y 210, septiembre-diciembre de 1996, pp. 191 a 219.

75 Sentencia C-370 de 2002, cit.

76 Ídem.

77 Ídem.

78 Ídem.

sidad sociocultural; ii. Que la persona haga parte de una cultura, que posea un medio cultural propio definido, a donde ese individuo pueda ser reintegrado, y iii. Que esa cultura posea autoridades, reconocidas por el Estado, con las cuales se pueda coordinar dicho reintegro⁷⁹.

En consecuencia, la Corte Constitucional planteó la siguiente pregunta: ¿cuál es el tratamiento legal que recibe un individuo que no pertenece a una comunidad indígena ni hace parte de un grupo cultural con autoridad propia reconocida por el Estado, que comete una conducta típica y antijurídica, pero no culpable, debido a su diversidad sociocultural? En este caso, esa persona no podría “ser considerada inimputable, conforme a la regulación prevista en las normas acusadas, puesto que, en caso de ser encontrada responsable, no podría aplicársele la medida de seguridad prevista en la ley”⁸⁰. Es decir, la persona ha incurrido en un error de prohibición, puesto que su diversidad cultural le impide comprender la ilicitud de esa conducta, o determinarse de acuerdo con esa comprensión. Sobre el tema, la Corte determinó lo siguiente:

Teniendo en cuenta la naturaleza de la culpabilidad, y que el nuevo estatuto penal eliminó el mandato según el cual la ignorancia de la ley no sirve de excusa, y que el ordinal 11 del artículo 32 del Código Penal establece que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando se “obre con error invencible de la ilicitud de su conducta”, esa persona debería ser absuelta⁸¹.

En igual sentido, la Corte planteó el caso de un indígena, o de alguien perteneciente a un grupo culturalmente diverso, que posee un medio cultural definido y autoridades propias reconocidas por el Estado, que realiza una conducta típica y antijurídica, pero no culpable, debido a su diversidad sociocultural. En este asunto, y de conformidad con las normas impugnadas, dicha persona “es no sólo considerada inimputable sino que además debe ser declarada responsable por el juez penal, quien le impone la correspondiente medida de seguridad: su reintegro forzado a su medio cultural”⁸².

Por consiguiente, la aplicación de las normas demandadas resulta ser discriminatoria contra los indígenas y los miembros de grupos culturalmente diversos, puesto que “para una misma situación fáctica, las disposiciones demandadas estarían previendo dos tratamientos jurídicos diversos, sin que exis-

79 Sentencia C-370 de 2002, cit.

80 Ídem.

81 Ídem.

82 Ídem.

ta una clara justificación para esa diferencia de trato”⁸³; en otras palabras, la consagración de la inimputabilidad por diversidad sociocultural tiene por objeto proteger el pluralismo y la diversidad cultural. Sin embargo, aquellas “comunidades que en principio se verían beneficiadas por esa figura resultan en realidad en una situación menos favorable que aquellos individuos a quienes no se aplican dichas disposiciones”⁸⁴. Sobre el punto, la Corte Constitucional determinó lo siguiente:

Los efectos prácticos de las disposiciones acusadas podrían terminar siendo lesivos para esas comunidades indígenas, ya que sus miembros resultan criminalizados –por la vía de la imposición de una medida de seguridad– cuando efectúan ciertos comportamientos, mientras que la mayor parte de los colombianos o extranjeros que hubieran realizado esas mismas conductas resultan absueltos, por haber incurrido en un error de prohibición derivado de ciertos condicionamientos culturales⁸⁵.

En este orden de ideas, las disposiciones demandadas son inconstitucionales por vulnerar la igualdad, el principio de proporcionalidad y el reconocimiento constitucional del pluralismo, y por ello “deberían ser retiradas del ordenamiento, en el entendido de que en esos casos debe absolverse, por error de prohibición culturalmente condicionado”⁸⁶. Sin embargo, algunos intervinientes podrían considerar que “el anterior razonamiento es equivocado pues la interpretación adelantada en los fundamentos anteriores de esta sentencia es errónea”⁸⁷, en virtud de que, por una parte, el Código Penal vigente no prevé expresamente el error de prohibición culturalmente condicionado y, por otra, la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas impugnadas dejaría en una situación peor a los indígenas y a los miembros de grupos culturalmente diversos, ya que “serían declarados inimputables y su comportamiento quedaría sujeto a una pena en muchos casos privativa de la libertad”⁸⁸. En efecto, la Corte Constitucional consideró que, por aplicación directa de la Constitución “no puede ser sancionada penalmente aquella persona que incurra en una conducta típica y antijurídica, pero haya realizado ese comportamiento por un error de interpretación cultural, en la medida en que su particular cosmovisión le impidió comprender la ilicitud de su conducta”⁸⁹. Por tanto, la exclusión de

83 Ídem.

84 Ídem.

85 Ídem.

86 Ídem.

87 Ídem.

88 Ídem.

89 Ídem.

responsabilidad penal por un error de prohibición culturalmente condicionado “es entonces una causal de rango constitucional, que obligatoriamente debe ser tomada en consideración por el Legislador”⁹⁰. Asimismo, una interpretación sistemática del Código Penal permite concluir que el ordinal 11 del artículo 32 de dicho ordenamiento incluye el error de prohibición culturalmente condicionado como causal de exoneración de responsabilidad penal, pues “es claro que quien no puede comprender, por su particular cosmovisión, la ilicitud de su comportamiento, obra con un error sobre la licitud de su comportamiento”⁹¹.

No obstante, el error de prohibición culturalmente condicionado no comprende el momento volitivo del hecho punible, esto es, cuando el indígena o el miembro de un grupo culturalmente diverso conoce la ilicitud de su conducta, pero debido a su propia cosmovisión, no puede determinarse de acuerdo con esa comprensión. Por tanto, la Corte Constitucional resolvió el siguiente problema jurídico: ¿qué sucede entonces si un indígena, o un miembro de otra minoría cultural, comprende en forma abstracta que determinado comportamiento es ilícito en el ordenamiento nacional, pero debido a su diversidad cultural y a sus profundas convicciones, derivadas de su particular cosmovisión, no puede actuar con base en dicha comprensión?

Ahora bien, la Corte consideró que la regulación del artículo 33 del Código Penal es más amplia que la señalada en el ordinal 11 del artículo 32 del mencionado ordenamiento, en razón de que la noción de inimputabilidad abarca el momento volitivo y cognitivo del hecho punible. En cambio, el error de prohibición culturalmente condicionado comprende únicamente este último. En este sentido, la Corte Constitucional determinó lo siguiente:

- i. Los casos de inimputabilidad no distinguen acerca de la vencibilidad o no de la interpretación divergente del mundo, mientras que el error debe ser invencible para poder eximir de responsabilidad, y ii. La inimputabilidad también cubre la incapacidad volitiva, mientras que para algunos, el error no⁹².

Sin embargo, el artículo 33 del Código Penal presenta problemas constitucionales, en razón de que puede vulnerar la igualdad, el principio de proporcionalidad en materia penal y la diversidad cultural. No obstante, la Corte Constitucional consideró que la declaratoria de inconstitucionalidad de dicha norma “podría paradójicamente dejar en una situación peor a los miembros de los grupos culturalmente diversos, ya que permitiría que en ciertos casos fueran sanciona-

90 Sentencia C-370 de 2002, cit.

91 Ídem.

92 Ídem.

dos penalmente, mientras que la expresión acusada los protege al declararlos inimputables en esos mismos eventos”⁹³.

Por consiguiente, la Corporación declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 33 del Código Penal, por lo cual el juez penal deberá eximir de responsabilidad al indígena o al miembro de un grupo culturalmente diverso cuando su conducta constituya un error invencible de prohibición culturalmente condicionado. Sobre el tema, el juez constitucional señaló:

La Corte considera que, por aplicación directa del principio de igualdad, y por el sentido mismo de la figura de la inimputabilidad, en aquellos eventos en que un indígena o un miembro de otra minoría cultural haya realizado una conducta típica y anti-jurídica, el funcionario judicial debe comenzar por examinar si concurren algunas de las causales de exclusión de la responsabilidad previstas por el estatuto penal, y en particular si hubo o no un error invencible de prohibición. Por consiguiente, si existe el error invencible de prohibición, entonces todo individuo en esas circunstancias debe ser absuelto, y no declarado inimputable pues, como ya se explicó en esta sentencia desconocería la igualdad y la finalidad misma de la existencia de la figura de la inimputabilidad por diversidad cultural que en esos eventos el indígena o el miembro de una minoría cultural fuese objeto de una medida de seguridad mientras que otra persona, en esas mismas circunstancias, es absuelta⁹⁴.

Además, el juez constitucional condicionó la exequibilidad de la noción de inimputabilidad por diversidad sociocultural, a fin de “eliminarle su sentido sancionatorio y su connotación despectiva”⁹⁵. Al respecto, la Corte Constitucional señaló:

Debe entonces entenderse que la declaración de inimputabilidad y la eventual medida de seguridad no pueden tener un carácter sancionatorio, ni de rehabilitación o de curación, sino que tiene exclusivamente, en estos casos, una finalidad de protección y tutela de quien es culturalmente diverso. Por consiguiente, la constatación que se haga judicialmente de que una persona es inimputable por diversidad sociocultural no tendrá el sentido peyorativo de considerarlo un incapaz, sino que exclusivamente el funcionario judicial constata que esa persona tiene una cosmovisión diversa, y por ello amerita una protección especial, tal y como la Constitución lo ordena (art. 8.º C. P.)⁹⁶.

Por último, la Corte declaró la inconstitucionalidad de la medida de seguridad consistente en la reintegración al medio cultural propio, por vulneración del

93 Ídem.

94 Ídem.

95 Ídem.

96 Ídem.

pluralismo y de la diversidad cultural, por lo cual el inimputable por diversidad sociocultural “no podrá ser afectado con medida de aseguramiento en su contra, ni con ninguna de las medidas de protección para inimputables”⁹⁷. En este sentido, la Corporación determinó lo siguiente:

El inimputable por razones de diversidad cultural responde penalmente y el proceso debe llevarse hasta su culminación [salvo que existan causales de cesación o preclusión] pero no se le impone ninguna medida de seguridad. Es un caso de responsabilidad sin consecuencias penales, similar al señalado en el artículo 75 del Código Penal, que regula el trastorno mental transitorio sin base patológica. El inimputable puede permanecer en nuestro ámbito cultural⁹⁸.

B. CONFLICTO DE COMPETENCIA ENTRE EL SISTEMA JUDICIAL NACIONAL Y LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA

De conformidad con el numeral 6 del artículo 256 de la Constitución Política, corresponde al Consejo Superior de la Judicatura “dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones”. Por tanto, los conflictos de competencia que se presenten entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional deberán ser resueltos por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura (num. 2 art. 112 Ley 270 de 1996). Sin embargo, los indígenas juzgados y sancionados por el sistema judicial nacional pueden interponer acciones de tutela contra los jueces penales ordinarios que omitan, durante el curso del proceso, tramitar en debida forma el conflicto de competencia positivo propuesto por la jurisdicción especial indígena⁹⁹. Al respecto, la Corte Constitucional señaló lo siguiente:

Así pues, de este suceso se deducen, al menos, estas consecuencias: 1.^a El juez penal ordinario ha incumplido el deber de remitir el expediente a la autoridad facultada para dirimir el conflicto de competencia entre distintas jurisdicciones, la cual ya no podrá ejercer su función frente a procesos ya terminados con sentencia condenatoria o absolutoria; 2.^a Es factible que el indígena deba purgar una condena impuesta por autoridad no competente para fijarla; 3.^a Es factible la vulneración del derecho funda-

97 Sentencia C-370 de 2002, cit.

98 Ídem.

99 Sobre el tema cfr. sentencias T-496 de 1996, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ; T-344 de 1998, M. P.: ALFREDO BELTRAN SIERRA; T-266 de 1999, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ; T- 934 de 1999, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ; T-1009 de 2000, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ, y T-606 de 2001, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

mental al debido proceso que asiste al indígena de ser juzgado conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio (art. 29 C. P.), y 4.^a es factible la vulneración del derecho fundamental de la autonomía de las comunidades indígenas y de la jurisdicción especial indígena (art. 246 C. P.)¹⁰⁰.

En consecuencia, el juez constitucional deberá “verificar directamente si, en cada caso concreto, concurren o no los requisitos del fuero indígena”¹⁰¹. En caso de que éstos no se cumplan, se “confirmarán las decisiones proferidas por los jueces penales ordinarios”¹⁰². Por el contrario, si concurren los elementos del fuero indígena, se protegerán los derechos fundamentales al debido proceso y a la autonomía indígena. Asimismo, se “anulará todo lo actuado por la jurisdicción penal ordinaria y se ordenará la entrega del indígena y de las pruebas obrantes en el expediente, para que sea juzgado de acuerdo con las normas y procedimientos de su comunidad”¹⁰³. Sobre el tema, la Corte Constitucional determinó lo siguiente:

El juez constitucional, al conocer de la tutela con posterioridad a la sentencia condenatoria, está legitimado en estos casos por los artículos 1.º, 2.º, 4.º, 5.º, 86, 246 y 256.6 de la Constitución Política, para pronunciarse de fondo en relación con el cumplimiento de los requisitos del fuero indígena y evitar, de esta manera, anular todo lo actuado y remitir el expediente a la autoridad competente para que resuelva el conflicto de competencia entre diferentes jurisdicciones¹⁰⁴.

Verbigracia, el indígena HERMÓGENES PRADA ALAPE interpuso acción de tutela contra la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al juez natural y a la autonomía e integridad cultural de las comunidades indígenas.

Los hechos que fundamentan la presente acción de tutela son los siguientes:

El 26 de marzo de 1994, en la vereda Amayarco del municipio de Coyaima, departamento del Tolima, se produjo la muerte violenta del indígena HÉCTOR GENTIL ALAPE POLOCHE, miembro de la comunidad Chenche Amayarco. Del mencionado hecho punible fue sindicado HERMÓGENES PRADA ALAPE, integrante de la comunidad indígena a la que pertenecía la víctima. El 17 de marzo de 1995, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Purificación, Tolima, condenó

100 Sentencia C-370 de 2002, cit.

101 Ídem.

102 Ídem.

103 Sentencia T-728 de 2002, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

104 Ídem.

al accionante “a la pena de 25 años de prisión por el homicidio en la persona de HÉCTOR GENTIL ALAPE POLOCHE”¹⁰⁵. La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, mediante sentencia del 15 de junio de 1995, confirmó “integralmente la sentencia de primera instancia”¹⁰⁶. El 24 de abril de 2000, la apoderada del accionante ejerció el recurso de revisión ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con el numeral 6 del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a través de providencia del 21 de noviembre de 2000, inadmitió la demanda de revisión. De esta manera, el 22 de enero de 2002, el indígena HERMÓGENES PRADA ALAPE interpuso acción de tutela contra la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en razón de que la jurisdicción penal ordinaria vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al juez natural y a la autonomía e integridad cultural de las comunidades indígenas. Por último, el demandante manifestó que es “un indígena de la Comunidad de Chenche Amayarco, donde siempre ha residido, que en el momento de ser aprehendido, trabajaba como Alguacil en su comunidad, que el hecho por el cual fue procesado ocurrió dentro de ese territorio, contra otro miembro de la comunidad. Considera que en su caso debió darse aplicación a los principios constitucionales sobre la jurisdicción especial indígena”¹⁰⁷.

Por otra parte, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima, mediante sentencia del 6 de febrero de 2002, concedió la protección solicitada por el accionante, en virtud de que “no se le garantizó el derecho a un debido proceso, al no ser juzgado por su juez natural, conforme a las normas y procedimientos de la comunidad indígena a la que pertenece”¹⁰⁸. El juez de primera instancia declaró “la nulidad de todo lo actuado dentro del proceso penal que siguió la jurisdicción ordinaria contra HERMÓGENES PRADA ALAPE, por el homicidio de HÉCTOR GENTIL ALAPE POLOCHE”¹⁰⁹. Asimismo, ordenó remitir el expediente y el sindicado a las autoridades tradicionales de la comunidad indígena Chenche Amayarco, con el fin de que éstas adelanten el respectivo juzgamiento, de acuerdo a sus normas y procedimientos. Sin embargo, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, a través de providencia del 21 de marzo de 2002, decidió revocar la anterior decisión, en razón de que “es improcedente la tutela

105 Sentencia T-728 de 2002, cit.

106 Ídem.

107 Ídem.

108 Ídem.

109 Ídem.

de HERMÓGENES PRADA ALAPE al ser presentada en un tiempo que se erige demasiado alejado de aquél en que ocurrieron los hechos en desarrollo de los cuales [...] se produjo la vulneración de los derechos fundamentales”¹¹⁰.

En este caso, la Corte Constitucional verificó el cumplimiento o no de los requisitos para el reconocimiento del fuero indígena. Por tanto, el juez constitucional determinó que se encuentra cumplido el elemento personal, pues el accionante es miembro de la comunidad indígena Chenche Amayarco y, además, se configura el elemento territorial, por cuanto los hechos materia de investigación sucedieron en la vereda Chenche Amayarco del municipio de Coyaima, departamento del Tolima. En consecuencia, la Corte Constitucional consideró que el Juzgado Primero Penal del Circuito de Purificación, Tolima, y la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial del Tolima incurrieron en vías de hecho por defecto orgánico, en razón de que al accionante no se le permitió “ser investigado por su verdadero juez natural, de conformidad con las normas y procedimientos de su comunidad”¹¹¹. Al respecto, la Corte Constitucional en la parte resolutive de la sentencia dispuso lo siguiente:

Primero. Tutelar los derechos fundamentales al debido proceso y a la autonomía e integridad cultural de HERMÓGENES PRADA ALAPE y de su comunidad. En consecuencia, revocar la sentencia proferida en el proceso de la referencia por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, y en su lugar confirmar la sentencia del Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima, Sala Jurisdiccional Disciplinaria (exp. T-593713)¹¹².

CONCLUSIONES

Primera. Pese a la omisión absoluta del Congreso en expedir la ley de coordinación entre el sistema judicial nacional y la jurisdicción especial indígena, la Corte Constitucional ha establecido criterios y principios a través de los cuales ha fortalecido la autonomía jurídica y política reconocida a las comunidades indígenas en la Constitución Política de 1991 (arts. 246 y 330 C. P.). Por ejemplo, la Corte Constitucional, a través de las sentencias de revisión de fallos de tutela, ha definido los límites a las facultades jurisdiccionales de las autoridades indígenas. Por un lado, en la Sentencia T-254 de 1994 consideró que la jurisdicción especial indígena debe respetar “todos los derechos fundamenta-

¹¹⁰ Ídem.

¹¹¹ Ídem.

¹¹² Ídem.

les” consagrados en la Constitución Política y en los tratados internacionales sobre derechos humanos; y, por otro, en las sentencias T-349 de 1996 y T-523 de 1997 señaló que las autoridades indígenas se encuentran sometidas a unos “mínimos contenidos éticos”, esto es, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura, la legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas, de conformidad con la especificidad cultural de cada comunidad indígena (es necesario apelar a los conocimientos de los antropólogos, sociólogos, etnólogos y miembros de la respectiva comunidad indígena). Esta última posición, a nuestro juicio, es la más acorde con el principio constitucional de respeto a la diversidad étnica y cultural de la nación (art. 7.º C. P.), pues logra conciliar el carácter universal de los derechos humanos con el respeto de las diferencias culturales de las minorías.

Segunda. La Corte Constitucional, en la Sentencia T-349 de 1996, determinó la regla de la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas, así como la minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía. Este criterio supone que, en un caso concreto, sólo son admisibles las restricciones a la autonomía de estas autoridades si se trata de una medida que sea estrictamente necesaria y proporcionada para salvaguardar un interés de superior jerarquía (p. ej. el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura y la legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas). Por tanto, las comunidades indígenas tienen el derecho colectivo a mantener su singularidad cultural. Este únicamente puede ser limitado cuando se afecte un principio constitucional o un derecho individual de alguno de sus miembros, que debe ser de mayor jerarquía que el principio de diversidad étnica y cultural. En otras palabras, las autoridades indígenas están, en principio, legitimadas por la Constitución Política para adoptar restricciones internas con el fin de proteger la integridad e identidad de su cultura, siempre y cuando se respeten el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura y el debido proceso de conformidad con la especificidad cultural de la respectiva comunidad indígena.

Tercera. Si un indígena comete una falta “dentro de su territorio”, ésta deberá ser juzgada, en principio, por sus propias autoridades, en razón de que el artículo 246 de la Constitución Política establece la facultad que tienen las comunidades indígenas para juzgar a sus propios miembros, conforme a sus usos y costumbres, siempre y cuando respeten la Constitución y la ley. Sin embargo, el factor territorial no es suficiente para determinar la competencia de la jurisdicción especial, en virtud de que puede presentarse el caso de un indígena que cometa una conducta reprochable afectando a quien no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del territorio indígena.

En consecuencia, el juez penal deberá tener en cuenta los siguientes criterios de interpretación:

En primer lugar, si la conducta se encuentra sancionada únicamente en el ordenamiento jurídico nacional, en principio, los jueces penales son competentes; no obstante, éstos deberán evaluar si el indígena, al momento de la comisión del hecho punible, comprendía la ilicitud de su conducta, a fin de determinar en el caso concreto si es conveniente que éste sea juzgado y sancionado por la jurisdicción ordinaria, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo con sus normas y procedimientos.

En segundo lugar, cuando la conducta se encuentra sancionada en ambos ordenamientos jurídicos, el intérprete deberá tener en cuenta las culturas involucradas, el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura mayoritaria, la afectación del individuo frente a la sanción, etc.

Por último, el juez penal deberá eximir de responsabilidad al indígena o al miembro de un grupo culturalmente diverso cuando su conducta constituya un error invencible de prohibición culturalmente condicionado.

Por otra parte, y de conformidad con el numeral 6 del artículo 256 de la Constitución Política, corresponde al Consejo Superior de la Judicatura “dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones”. Por tanto, los conflictos de competencia que se presenten entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional deberán ser resueltos por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura (num. 2 art. 112 Ley 270 de 1996). Sin embargo, los indígenas juzgados y sancionados por el sistema judicial nacional pueden interponer acciones de tutela contra los jueces penales ordinarios que omitan, durante el curso del proceso, tramitar en debida forma el conflicto de competencia positivo propuesto por la jurisdicción especial indígena. En este caso, el juez constitucional deberá determinar si el indígena procesado por el sistema judicial nacional estaba protegido o no por el fuero indígena.