

CARACTERÍSTICAS FUNDANTES EN LA JURISDICCIÓN INDÍGENA PARA ATRIBUIR UNA CAUSA PENAL A LA JUSTICIA ORDINARIA, DE UN MIEMBRO EN COMUNIDAD WAYUU EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

Gelser Manuel Barliza Bonivento¹

RESUMEN

Uno de los más controversiales conflictos de competencia en el ordenamiento jurídico colombiano es la tensión existente entre la justicia indígena y la justicia ordinaria, en el entendido que la constitucionalidad permite la coexistencia pacífica entre ambas y legaliza la capacidad de las comunidades indígenas de administrar justicia siempre limitados por los principios y derechos fundamentales que humanizan dicho tratamiento, sin embargo en materia penal esta problemática se recrudece, uno de estos casos es el predicable de la etnia Wayuu, puesto en la cárcel de rio existe una amplia demografía de miembros de estas etnia, lo cual es erróneo puesto el principio de diversidad socio cultural y étnica establece que los miembros de las comunidades indígenas deben de ser juzgados conforme a las costumbres de estos colectivos aborígenes, por esta razón el presente trabajo se propone como objetivo analizar los criterios fundantes para atribuir competencia de una causa penal a la justicia ordinaria, de un miembro de la comunidad indígena Wayuu.

Palabras clave: Fuero, indígena, conflicto, competencia, inimputabilidad

ABSTRACT

One of the most controversial conflicts of jurisdiction between both jurisdictions in the Colombian legal system is the tension between indigenous justice and ordinary justice, on the understanding that constitutionality allows for peaceful coexistence between both and legalizes the capacity of indigenous communities Of administering justice always limited by the fundamental principles and rights that humanize this treatment, nevertheless in penal matter this problematic is increased, one of these cases is the predicable of the ethnic Wayuu, put in the jail of river exists a wide demography of members Of these ethnic groups, which is erroneous since the principle of socio-cultural and ethnic diversity establishes that the members of the indigenous communities must be judged according to the customs of these aboriginal groups, for this reason the present work aims to analyze the Founding criteria to attribute jurisdiction of a criminal case to the ordinary justice of a member of the Wayuu indigenous community.

Keywords: Jurisdiction, Indigenous, Conflict, Competition, Imputability

¹ Abogado titulado aspirante a especialista en derecho penal y criminología. Universidad libre de Colombia 2016. Teléfono: 301-6908861 email: gelsersbarliza@gmail.com

INTRODUCCIÓN

La noción de justicia no puede desprenderse de la comprensión que una sociedad posee de las normas y valores que aspira a proteger por medio de la misma a tal efecto las costumbres de una comunidad se ve reflejada en las normas jurídicas que ha instituido para regular la misma, por esta razón cada noción de justicia de un pueblo determinado a pesar de que tiene semejanzas con las de otras comunidades así mismo tiene amplias diferencias, siendo imposible aplicar una noción de la misma sobre una comunidad diferente a la que regula.

Este conflicto de competencia respecto a los diferentes nociones de justicia es aplicable a la tensión existente entre justicia ordinaria y justicia indígena, en el entendido que al ser la comunidades aborígenes porciones de la sociedad que han sobrevivido a los procesos de colonización, conservando sus costumbres, tradiciones y elementos culturales en contra posición a los promovidos por la cultura occidental, es más que lógico que estas comunidades tengan una postura o cosmovisión diferente de las cosas, incluida dentro de la misma la noción de justicia.

En el ordenamiento jurídico colombiano por vía constitucional, este conflicto se soluciona mediante la entrega de autonomía y libertad por parte de la constitucionalidad a las comunidades indígenas para que las mismas diseñen autónomamente sus propios cuerpos normativos y apliquen la justicia conforme a su entendimiento cultural de estas nociones, siendo el límite de esta libertad los principios y derechos fundamentales de origen constitucional que tienen la finalidad y objetivo de humanizar los procesos de interacción humanos en el interior del territorio nacional.

Sin embargo en materia penal no es fácil concretar este postulado denominado principio de diversidad étnica y cultural, en el entendido que muchas ocasiones miembros de comunidades indígenas son juzgados penalmente por la justicia ordinaria producto de la comisión de delitos representando este acto institucional una ruptura y desconocimiento del citado principio.

Es importante establecer que la tesis usada por los juzgadores en el momento de determinar sin un procesado debe de ser sometido a la justicia ordinaria o a la justicia indígena en materia penal es la doctrina del arraigo que valora la imputabilidad del mismo mediante un análisis del grado de identidad y absorción del mismo hacia su cultura aborígen, siendo este un factor determinante en el momento de establecer cuál es la competencia que debe de asumir este juzgamiento, por esta razón el presente trabajo se propone como objetivo analizar los criterios fundantes para atribuir competencia de una causa penal a la justicia ordinaria, de un miembro de la comunidad indígena Wayuu.

Es necesario establecer que en lo que respecta a los conflictos de competencia entre las legislaciones ordinarias e indígenas existen y el alcance del principio de diversidad étnica y cultural existen dos tesis o doctrinas que han sido ampliamente estudiadas por la jurisprudencia nacional, siendo la primera la tesis que defiende la no intromisión bajo ninguna circunstancia del ordenamiento jurídico ordinario sobre la legislación indígena seguida de la tesis opuesta que plantea que la legislación indígena debe en todo momento ceñirse a los postulados del derecho ordinario que representa el límite que humaniza la misma, y ambos criterios serán estudiados en el desarrollo del presente trabajo para lograr

establecer cuáles son los fundamentos de los juzgadores para resolver el conflicto de competencia entre ambas jurisdicciones, indígena y ordinaria en lo referente al juzgamiento de delitos.

El presente es un tema novedoso puesto nos enseña la problemática en lo que respecta al conflicto de competencias entre dos jurisdicciones producto de una omisión legislativa que no establece como solucionar la citada problemática, a tal efecto el presente trabajo concluirá describiendo cuales son los criterios, mecanismos e instrumentos usados por los juzgadores en el momento de establecer bajo que jurisdicción debe de ser juzgado un miembro de esta comunidad indígena por la comisión de un delito.

Metodología

La metodología usada en el desarrollo del trabajo fue histórica, por tratarse esta investigación de un corte Jurídico, y antecedentes jurisprudenciales consistente un análisis sistemático y reflexivo al interior de las fuentes formales del Derecho, como fundamento para abordar el estudio de un tema tan importante para la administración de justicia con el fin de garantizar los derecho y garantías de la población indígena perteneciente a la etnia wayuu y de esta manera salvaguardar sus usos y costumbres.

JUSTICIA INDÍGENA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Históricamente las civilizaciones han evolucionado de forma constante superando comportamientos y formas de existencia particular y colectiva que hacen parte de tradiciones arcaicas y un estilo de vida rudimentario en comparación con las nuevas tendencias y formas de actuar y

organizarse de los colectivos sociales, sin embargo pese a lo anterior aún existen porciones de la sociedad que no se han ajustado a las nuevas formas de la civilización sino que por el contrario persisten en existir manteniendo y sosteniente sus estilos de vida tradicionales recibiendo el nombre estas personas de indígenas o comunidades indígenas.

Con base en lo anterior se puede establecer que los indígenas son pueblos y etnias que en su comportamiento, costumbres, creencias conservan tradiciones y principios de culturas tradicionales que preceden o son anteriores a las nuevas formas de existencias del ser humano, a tal efecto se puede establecer que estos colectivos representan un sobrevivir de lo que significó la expansión occidental, es decir coexisten geográfica y temporalmente con la modernidad y la contemporaneidad pero sin perder o desviar sus raíces primigenias.

Jurisprudencialmente la sentencia de radicado C – 139 del año 1996 expedida por la Honorable Corte Constitucional colombiana define los indígenas de la siguiente manera “Los grupos étnicos, calificados hace un siglo como salvajes, son considerados por la Constitución actual como comunidades culturales diferentes y las personas que las constituyen, en consecuencia, tratadas como portadoras de otros valores, con otras metas y otras ilusiones que las tradicionalmente sacralizadas con el sello de occidente. No son ya candidatos a sufrir el proceso benévolo de reducción a la cultura y a la civilización, sino sujetos culturales plenos, en función de la humanidad que encarnan, con derecho a vivir a tono con sus creencias y a perseguir las metas que juzgan plausibles, dentro del marco ético mínimo que la propia

Constitución señala”1 de esta forma se logra afirmar que para el ordenamiento jurídico colombiano, la noción de indígena engloba a el conjunto de comunidades residentes en Colombia que sobrevivieron al proceso de colonización occidental y que aun en plena vigencia de fecha actual conservan sus costumbres las cuales representan una tradición histórica que precede los postulados morales, lingüísticos, éticos, normativos que hacen parte de la cultura occidental.

Es importante establecer que la sociedad colombiana es rica, diversa y variada en lo que respecta a las razas, etnias y colectivos sociales que la conforman siendo los indígenas una minoría representativa del territorio nacional cuya población asciende a 1’378.884 habitantes regados a lo largo del territorio nacional principalmente en las zonas rurales y la selva del país, estadísticamente se puede establecer que las poblaciones indígenas representan el 3.4 por ciento de la demografía nacional siendo compuesta principalmente por diferentes pueblos dentro de los cuales destacan pijaos, senus, mocanas, kankuamo y pastos, wayuus, cogis entre otros que representan una identidad lingüística, religiosa y cultural diferente a los comportamientos, creencias y tradiciones del ciudadano occidentalizado residente o nativo de Colombia.

Producto de la coexistencia territorial y temporal de dos formas o estilos de vida ampliamente diferentes, el ordenamiento jurídico nacional ha procurado sostener un plano de equilibrio que respete los derechos, deberes y libertades de las comunidades indígenas en el territorio nacional y es importante establecer que esta especial protección del estado tiene un origen

constitucional siendo plasmado en la carta magna de la siguiente manera “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”2 es necesario establecer que el citado artículo goza del rango de principio fundante de la constitución política, estableciendo que todas las representaciones étnicas y culturales que enriquecen la sociedad colombiana gozan del mismo respeto y protección jurídica del estado para el desarrollo autónomo de sus costumbres, incluidas obviamente las poblaciones indígenas.

Parte de la protección jurídica que les establece el estado en lo que respecta al sostenimiento de sus tradiciones, los pueblos indígenas gozan de autonomía e independencia judicial, lo anterior es plasmado en la carta magna de la siguiente manera “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”4 con base en lo anterior se puede afirmar que las comunidades indígenas tienen la potestad jurídica para organizarse normativamente con fundamento en sus costumbres, tradiciones y cosmovisión histórica, permitiéndoseles de esta manera ejercer justicia conforme a sus propios postulados jurídicos.

Uno de los aspectos controversiales del citado artículo es que el mismo establece que los límites del trazado y ejercicio del valor de justicia en las comunidades

¹ Colombia – Sentencia. Sentencia de radicado C – 139 (9 de abril del año 1996) MP. Dr. Dr. Carlos Gaviria Díaz

² Asamblea nacional constituyente. Constitución política de Colombia. Editorial Legis 2014 ⁴ Ibídem.

indígenas arraigadas en Colombia es la constitución política, abriéndose de esta forma el debate sobre hasta qué punto puede predicarse una real y efectiva autonomía y libertad de estas comunidades para impartir justicia de forma independiente en sus territorios.

Jurisprudencialmente la Honorable Corte Constitucional colombiana, mediante diversos pronunciamientos ha destacado la importancia de la justicia indígena y su conexidad con el principio de diversidad étnica y cultural siendo esta una de las facultades que le son reconocidas a estos pueblos, en sentencia de radicado T – 728 del año 2002 expedida por esta corporación, define y destaca la finalidad del fuero indígena exponiéndose lo siguiente:

“El fuero indígena es el derecho del que gozan miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, para ser juzgados por las autoridades indígenas, de acuerdo con sus normas y procedimientos, es decir por un juez diferente del que ordinariamente tiene la competencia para el efecto y cuya finalidad es el juzgamiento acorde con la organización y modo de vida la comunidad. Este reconocimiento se impone dada la imposibilidad de traducción fiel de las normas de los sistemas indígenas al sistema jurídico nacional y viceversa, lo cual se debe en buena medida a la gran diversidad de sistemas de resolución de conflictos por el amplio número de comunidades indígenas y a que los parámetros de convivencia en dichas comunidades se basen en concepciones distintas, que generalmente hacen referencia al ser más que al deber ser, apoyados en una concepción integradora

entre el hombre y la naturaleza y con un fuerte vínculo con el sistema de creencias mágico-religiosas”¹

Es importante la forma como la citada providencia destaca que la justicia es un valor que evoluciona junto a los comportamientos sociales, por esta razón la justicia debe de ser aplicada siempre comprendiendo la idiosincrasia y formación cultural de las poblaciones hacia las cuales va dirigida, y este es un factor determinante en la creación del citado fuero puesto no se puede aplicar justicia occidentalizada a personas y comunidades indígenas que no comprenden los postulados normativos que le serán aplicados siendo necesario el fuero indígena, que permite que estas comunidades tracen sus postulados jurídicos y administren justicia con base en su tradiciones históricas.

Similar planteamiento es acuñado por la misma corporación judicial en sentencia de radicado T – 866 del año 2013 que plasma lo siguiente “El reconocimiento de una jurisdicción indígena, implica además reafirmar la existencia de un poder de configuración normativa en cabeza de los pueblos indígenas, mediante el cual se desplaza a la legislación nacional en materia de competencia orgánica, normas sustantivas aplicables y procedimientos de juzgamiento, y se da prevalencia al derecho de estos pueblos de asumir el manejo de sus asuntos como manera de afirmación de su identidad. Se debe señalar que el derecho de los pueblos indígenas a gozar de una jurisdicción especial, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, tiene dos dimensiones: en primer lugar es un resultado y un instrumento de protección de

¹ Colombia – Sentencia. Sentencia de radicado T 728 (5 de septiembre del año 2002) MP Dr. Jaime Córdoba Triviño

la diversidad étnica y cultural del pueblo colombiano garantizada por la Constitución y en particular de la identidad y la autonomía de las comunidades indígenas en cuyo beneficio se establece. Y en segundo lugar, constituye un fuero especial para ciertos individuos, por cuenta de su pertenencia a una comunidad”¹ la citada providencia destaca que el fuero indígena y la capacidad de las organizaciones indígenas que administrar justicia conforme a sus tradiciones normativas históricas representa una extensión del derecho de identidad de los mismos permitiéndoles conservar en todo momento su noción de justicia en su territorio específico.

Es necesario destacar que a pesar de que las comunidades indígenas gocen de especial potestad para administrar justicia de forma autónoma en sus territorios, deben de en todo momento mantener un plano de equilibrio con el resto del ordenamiento jurídico de manera que no exista una prevalencia de una legislación por encima de la otra sino en todo momento coexistiendo ambos ordenamientos jurídicos en un plano de igualdad, este postulado es plasmado en la providencia de radicado 139 del año 1996 expedida por la misma corporación judicial afirmando lo siguiente:

“El análisis del artículo 246 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 dichas jurisdicción y normas a la Constitución y 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 nacional. En la misma estructura del artículo 246, entonces, está presente el conflicto valorativo entre diversidad y unidad”² con base en lo plasmado es necesario afirmar que la legislación y la forma de administrar justicia por parte de los indígenas en sus territorios, debe en todo momento de ser coherente con el sistema jurídico imperante en el Estado colombiano.

A tal efecto se logra establecer que la finalidad del ordenamiento jurídico colombiano en lo referente a la coexistencia del mismo con las tradiciones jurídicas de las comunidades indígenas y la potestad de las anteriores en el momento de administrar justicia, consiste en disminuir la tensión existente entre los dos ordenamientos jurídicos, reduciendo y moderando la posición dominante de la justicia occidentalizada para evitar un deterioro de la normatividad y la autonomía de las citadas comunidades, tal como es plasmado en la sentencia de radicado T – 254 del año 1994 expedida por la misma corporación que plasma lo siguiente:

“La realidad colombiana muestra que las numerosas comunidades indígenas existentes en el territorio nacional han sufrido una mayor o menor destrucción de su cultura por efecto del sometimiento al orden

¹ Colombia – Sentencia. Sentencia de radicado T – 866 (27 de noviembre del año 2013) MP Dr. Alberto Rojas Ríos

² Colombia – Sentencia. Sentencia de radicado C 139 (9 de abril del año 1996) MP. Dr. Dr. Carlos Gaviria Díaz

*colonial y posterior integración a la vida civilizada, debilitándose la capacidad de coerción social de las autoridades de algunos pueblos indígenas sobre sus miembros. La necesidad de un marco normativo objetivo que garantice seguridad jurídica y estabilidad social dentro de estas colectividades, hace indispensable distinguir entre los grupos que conservan sus usos y costumbres los que deben ser, en principio, respetados, de aquellos que no los conservan”*¹ Es importante la forma como la citada providencia destaca que el requisito elemental para la aplicabilidad de la legislación indígena en un caso concreto se justifica no solo en la pertenencia a un territorio específico por parte de los afectados por el ordenamiento jurídico sino de igual forma al grado de pertenencia, identidad y serrería del sujeto pasivo de la ley a sus costumbres, a tal efecto el elemento racial de un destinatario de la ley en lo referente al conflicto de competencia entre la justicia indígena y la justicia ordinaria se debe complementar con un componente socio cultural.

A tal efecto el debate entre la coexistencia de ambas legislaciones y la influencia de una sobre la otra ha sido un tema controversial, en la doctrina y la jurisprudencia nacional, puesto no se sabe hasta qué punto puede el ordenamiento jurídico regular la legislación indígena sin que esta pierda su libertad y autonomía, y hasta qué punto se están imponiendo los valores y axiología jurídica de occidente sobre los postulados normativos de los sistemas jurídicos indígenas, sin embargo el legislador impone límites a la operancia de la justicia indígena plasmando lo siguiente en la sentencia T – 921 del año 2013, que expone lo siguiente:

¹ Colombia – Sentencia. Sentencia de radicado T 254 (30 de mayo del año 1994) MP Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

*“La jurisprudencia constitucional ha reconocido la existencia de las siguientes limitaciones al ejercicio de la jurisdicción indígena: (i) Los derechos fundamentales y la plena vigencia de éstos últimos en los territorios indígenas. En este sentido, no podrá afectarse el núcleo duro de los derechos humanos; (ii) La Constitución y la ley y en especial el debido proceso y el derecho de defensa; (iii) Lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre constituidos por el derecho a la vida, por las prohibiciones de la tortura y la esclavitud y por legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas, y (iv) Evitar la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana”*²

De esta forma se logra afirmar que la legislación indígena y su potestad de administrar justicia deben en todo momento de ajustarse al mínimo de condiciones que plasma la carta magna en defensa de los derechos humanos.

CONFLICTOS DE COMPETENCIA ENTRE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA Y LA JURISDICCIÓN INDÍGENA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

La coexistencia entre dos sistemas normativos en el mismo territorio, cada uno basado en unas tradiciones histórico culturales y valores diferentes de una porción de la sociedad determinada y regulando ambos los mismos tópicos en una población específica, es un motivo de controversia y debate, por esta razón el sostenimiento del plano de equilibrio y

² Colombia – Sentencia. Sentencia de radicado T 921 (5 de diciembre del año 2013) MP Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

equidad normativa entre ambos sistemas jurídicos no siempre es fácil.

Lo anterior es producto de que las comunidades indígenas y las comunidades occidentalizadas tienen formas diferentes de ver el mundo y arraigan una serie de costumbres que no encuentran un plano de identidad entre ambas generándose un conflicto con base a tan diferentes formas de existencia, tal como lo plasma la sentencia de radicado T-523 del año 1997 expedida por la Honorable Corte Constitucional que indica lo siguiente “El Estado tiene la especial misión de garantizar que todas las formas de ver el mundo puedan coexistir pacíficamente, labor que no deja de ser conflictiva, pues estas concepciones muchas veces son antagónicas e incluso incompatibles con los presupuestos que él mismo ha elegido para garantizar la convivencia. En especial, son claras las tensiones entre reconocimiento de grupos culturales con tradiciones, prácticas y ordenamientos jurídicos diversos y la consagración de derechos fundamentales con pretendida validez universal”¹ Con base en lo anterior es necesario que el estado colombiano en un plano de equilibrio permita la coexistencia entre ambos reordenamientos jurídicos, sin que esto signifique choques de competencia entre ambos.

Es importante determinar que la carta magna impone límites al principio de diversidad étnica en lo referente a la administración de justicia de los mismos, entendiéndose de esta manera que la libertad de las comunidades indígenas para administrar justicia se encuentra limitada

por el sistema normativo imperante occidentalizado del ordenamiento jurídico colombiano.

La constitucionalidad promueve que en todo momento la aplicación de las normas que hacen parte de la legislación indígena en sus territorios y a su población debe de respetar el mínimo de derechos fundamentales y principios jurídicos sobre los cuales se funda el ordenamiento jurídico interno, este postulado es plasmado en sentencia de radicado T - 002 del año 2012 expedida por la Corte Constitucional que plasma lo siguiente:

“En cuanto al segundo parámetro, vale la pena precisar que, si bien existe una tensión entre el principio de diversidad étnica y cultural y el sistema de derechos fundamentales que defiende la Constitución, esta aparente contradicción no exime al Estado de su deber de preservarla convivencia armónica entre la comunidad mayoritaria y las diferentes culturas existentes en Colombia. Así, una estrategia para alcanzar dicha armonía consiste en definir los derechos humanos como dispositivos mínimos necesarios para garantizar la convivencia pacífica, definición cuyo punto de partida es el respeto de la dignidad de cada ciudadano. De esta forma, los actos que llevan a cabo las comunidades indígenas amparándose en su autonomía encuentran su límite en el respeto a la dignidad humana”²

La corte nos ilustra que el principio de diversidad étnica y cultural y al igual que las libertades que se amparan y se desprenden del mismo, no son absolutas puesto los sistemas normativos que rigen y regulan con base en sus costumbres los conflictos

¹ Colombia – Sentencia. Sentencia de radicado. T - 523 (15 de octubre del año 1997) MP Dr. Carlos Gaviria Díaz

² Colombia – Sentencia. Sentencia de radicado T – 002 (11 de enero del año 2012) MP Dr. Juan Carlos Henao Pérez

jurídicos en el interior de las comunidades indígenas de Colombia, deben de respetar en todo momento los derechos humanos y los principios y derechos fundamentales que son impuestos por la carta magna como el mínimo de condiciones para humanizar y dignificar la existencia y la integración humana en el territorio nacional.

De igual manera la sentencia nos plasma que el estado en todo momento tiene el deber de permitir y coadyuvar a la coexistencia pacífica entre ambos contenidos jurídicos siendo los derechos humanos y los contenidos constitucionales los encargados de dar forma e imponer límites a ambas legislaciones y a la idea que cada una tiene de justicia.

La misma corporación en providencia de radicado T – 921 del año 2013 expedida por la Corte Constitucional establece los criterios y factores determinantes en el momento de dirimir conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena y la justicia ordinaria enumerando los siguientes:

“Los criterios reconocidos por la Corte Constitucional para dirimir conflictos entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena son los siguientes: (i) a mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía; (ii) los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares; (iii) las normas legales imperativas 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 y; (iv) los usos y costumbres de

una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas”¹

Es importante destacar que la cosmovisión de los pueblos indígenas y el aferramiento de estos a la misma es un factor determinante en el momento de medir la autonomía de la que gozan los mismos en defensa de su principio de diversidad étnica, a tal efecto entre más arraigado se encuentre un territorio indígena a sus costumbres más fuerte será la defensa de su autonomía en materia judicial. Sin embargo de igual manera la citada providencia plasma que esta autonomía normativa y judicial halla límites en los derechos fundamentales y los principios constitucionales que representan el mínimo de condiciones y límites que tiene la citada jurisdicción para imponer justicia de forma independiente.

Es necesario destacar que la jurisprudencia constitucional no ha tenido una evolución clara en lo que respecta el alcance y límites de la jurisdicción indígena en su facultad de administrar justicia en su territorio específico con base en sus postulados jurídicos en defensa del principio de diversidad étnica y socio cultural, y esto es reflejado en pronunciamiento de la citada corporación de radicado T – 523 del año 1997, que plasma lo siguiente:

“No es compatible con el principio de la diversidad étnica y cultural imponerles a las comunidades indígenas las sanciones o castigos que la tradición occidental ha contemplado. Una interpretación en contrario, plantearía un razonamiento contradictorio. La Constitución propende a la recuperación de su cultura, pero sólo en aquellas prácticas que son compatibles con la cosmovisión de la sociedad

¹ Colombia – Sentencia. Sentencia de radicado T – 921 (5 de diciembre del año 2013) MP Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

mayoritaria. Es claro que un razonamiento de este tipo respondería a una hegemonía cultural incompatible con el pilar axiológico del pluralismo que, entre otras, permite a las comunidades aborígenes la materialización de sus costumbres, siempre y cuando no violen el núcleo duro de lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre. Pero además, desconocería los mismos preceptos constitucionales que, al reconocer la autonomía jurisdiccional de los pueblos indígenas, posibilitan, dentro del marco del Estado, la recuperación y reinterpretación de los símbolos y tradiciones culturales propias”¹

Es notable la manera como la citada jurisprudencia destaca la insoportable tensión entre ambas culturas, promoviendo un postulado mucho más radical de la autonomía de las comunidades indígenas, haciendo prevalecer sus costumbres a los postulados jurídicos occidentales siendo el único límite la condición humana de los destinatarios de esta justicia.

Otro planteamiento de la Corte Constitucional colombiana de radicado T – 973 del año 2009 se opone a esta línea plasmada en la sentencia anteriormente citada en el entendido que reconoce la necesidad de que los jueces de la república de Colombia intercedan al interior de la jurisdicción indígena y sus decisiones con el objetivo de evitar una afectación de derechos fundamentales exponiéndose lo siguiente “La Corte Constitucional ha sostenido que el juez constitucional y los jueces ordinarios, en cada caso concreto y con el fin de preservar los derechos de los

integrantes de las comunidades indígenas y de terceros, pueden intervenir en los asuntos relacionados con dichas comunidades, sólo en circunstancias en las que claramente los derechos fundamentales o los principios constitucionales involucrados resulten amenazados o vulnerados, y sopesando siempre los límites de su intervención, a fin de no resquebrajar el derecho de los pueblos indígenas a su autonomía”²

Por lo tanto se logra establecer que los distintos pronunciamientos jurisprudenciales respecto a este postulado no se encuentran unificados puesto aún no existe claridad sobre el grado de autonomía del principio de diversidad étnica y cultural.

JUZGAMIENTO PENAL ORDINARIO DE LOS MIEMBROS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS EN EL DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA

Uno de los aspectos preocupantes en lo referente a los conflictos de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la justicia indígena que se encuentra amparada por el principio de diversidad étnica y cultural es el referente a los juzgamientos de miembros de estas comunidades, en el entendido que estas personas que no hacen parte de una cosmovisión occidentalizada son juzgadas por la comisión de delitos por jueces de la justicia ordinaria sin respetarse el principio de diversidad étnica y cultural que los somete a una autonomía especial dirigida por los postulados de la legislación indígena. El texto titulado la responsabilidad penal del indígena en Colombia entre el mundo real y el mundo posible de autoría de Juan Oberto Sotomayor Acosta, propone al respecto lo

¹ Colombia – Sentencia. Sentencia de radicado T - 523 (15 de octubre del año 1997) MP Dr. Carlos Gaviria Díaz

² Colombia – Sentencia. Sentencia de radicado T – 973 (18 de diciembre del año 2009) MP Dr. Mauricio González Cuervo

siguiente *“El indígena debe de ser considerado inculpable puesto no puede internalizar la norma prohibida por razones culturales, lo cual es denominado error de comprensión culturalmente condicionado”*¹

Es importante establecer que lo que plantea el texto citado es lo referente al tema de inimputabilidad, puesto el código penal colombiano establece que las personas que hagan parte de una diversidad socio cultural que les impida conocer el alcance de las normas occidentales no puede ser condenada con fundamentos a estas normas por la comisión de un delito, siendo estos juzgados por las normas de sus territorios aborígenes específicos.

La respuesta del sistema normativo en el momento de establecer si una persona debe de ser destinataria de la ley penal producto de su pertenencia a una cultura indígena ha sido resuelto mediante el estudio del arraigo del mismo a tal efecto el nivel de identidad que el mismo con su comunidad es análisis sobre el grado de aislamiento de la comunidad del sistema normativo nacional es un factor determinante en el momento de establecer el grado de conocimiento, comprensión y asimilación del infractor de la norma que está rompiendo, en este caso la comisión de un delito.

Al igual que el texto titulado la jurisdicción especial indígena y el derecho penal en Colombia: Entre el pluralismo jurídico y la autonomía relativa de autoría de Carmen Andrea Becerra, plasma al respecto lo siguiente:

“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”*²

De esta forma se logra establecer que la tesis a usar por el ordenamiento jurídico interno es establecer el grado de inimputabilidad del sujeto activo del delito en el momento de establecer si se le aplica o no la ley ordinaria, cuando la inimputabilidad es un aspecto de carácter sustantivo siendo el debate sobre la competencia para juzgar indígenas un aspecto procesal, en el cual la constitucionalidad de forma taxativa establece que deben de ser juzgados incluso en materia penal por sus normas aborígenes. Es importante establecer que en el momento en el que se decreta una indígena como inimputable y le es aplicada una medida de seguridad que tiene finalidades de curación y tutela, se está enviando un mensaje erróneo a la sociedad puesto se está promoviendo la idea de que el estado aborígen del infractor debe de curarse

¹ Sotomayor acosta, Juan Oberto. (2014) *La responsabilidad penal del indígena en Colombia entre el mundo real y el mundo posible*. Editorial Universidad externado de Colombia. Bogotá. 2014. Pág. 21

² Becerra, Carmen Andrea. (2014) *La jurisdicción especial indígena y el derecho penal en Colombia: Entre el pluralismo jurídico y la autonomía relativa*. Editorial Unirosario. Edición 2. Bogotá. 2014 Pág. 32

aspirando a la occidentalización del mismo ofendiéndose no solamente su libertad, dignidad sino de igual manera el principio de diversidad étnica y cultural de estas personas, al respecto el documento titulado El fuero judicial de los pueblos indígenas frente a la justicia ordinaria y la responsabilidad del Estado colombiano por su vulneración fáctica de autoría de Juan Carlos Quintero Calache de plasma lo siguiente:

“la Corte considera que es posible también condicionar el alcance de la figura de la inimputabilidad a fin de eliminarle su sentido sancionatorio y su connotación despectiva. Para ello, debe tenerse en cuenta que las medidas de seguridad para los inimputables tienen, funciones de protección, curación, tutela y rehabilitación. Ahora bien, la Corte entiende que la declaración de inimputabilidad por diversidad cultural no puede pretender la curación o rehabilitación de quien es diverso culturalmente, pues no se trata de curar a esa persona de su especificidad cultural ya que eso sería pretender homogeneizar culturalmente a todos los colombianos, lo cual es contrario a los principios y valores constitucionales”¹

Por consiguiente la tesis de inimputabilidad socio cultural no es un factor que de manera precisa responda la problemática procesal sobre cómo debe de ser juzgados los miembros de las comunidades indígenas, cuando la ley de forma constitución ordena que estas comunidades son libres dentro de los marcos del ordenamiento jurídico para

construir su propia noción de justicia en términos generales.

Con base a lo anterior al anularse la noción de inimputabilidad por diversidad socio cultural y profundizando en los aspectos procesales que establecen la solución de conflictos de competencia entre las jurisdicciones indígena y ordinaria en materia penal en el ordenamiento jurídico colombiano, la jurisprudencia nacional siempre ha apoyado la tesis o doctrina del arraigo, en el entendido que para establecer cuál es la ley a aplicar al infractor aborigen se deben de realizar un análisis sobre el mismo para determinar que tanto ha asimilado la cultura occidental destacándose de esta manera su comprensión de su comportamiento delictivo.

Al respecto la jurisprudencia de radicado T-496 del año 1996 expedida por la Corte Constitucional destaca lo siguiente:

“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 autoridades”² A tal efecto se puede establecer que se aplica una

¹ Quintero Calache, Juan Carlos. (2014) *El fuero judicial de los pueblos indígenas frente a la justicia ordinaria y la responsabilidad del Estado colombiano por su vulneración fáctica*. Editorial QYM. Bogotá. 2014. Pág. 48

² Colombia – Sentencia. Sentencia de radicado T - 496 (26 de septiembre del año 1996) MP Dr. Carlos Gaviria Díaz

noción de análisis de imputabilidad del mismo en el entendido que si se logra identificar que la noción del aborígen fue un factor determinante para la comisión del delito este es regresado a las autoridades indígenas para su juzgamiento en materia penal.

Sin embargo muy enfáticamente la corte de igual manera traza los presupuestos que deben de configurarse para que exista un tratamiento judicial que permita la integración entre las dos competencias de justicia, al respecto sentencia de radicado C-370 del año 2002, expedida por la Corte Constitucional colombiana plasma lo siguiente:

“es claro que la figura de la inimputabilidad por diversidad sociocultural se predica esencialmente de los indígenas. Sin embargo, el hecho de que 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 diversidad 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 reintegro”¹

De esta forma la corte nos ilustra que para que opere la figura de inimputabilidad por diversidad socio cultural predicable de los

pueblos indígenas, es necesario que exista una separación del aborígen procesado penalmente de sus raíces, que le permita integrarse al sistema normativo de occidente, estableciéndose de esta manera si en el momento de la comisión del delito la persona tenía la capacidad para entender el alcance de la prohibición de la norma occidental, generándose ante el decreto de la inimputabilidad del procesado el regreso a las autoridades indígenas de su comunidad como medida de seguridad para que sea procesado conforme a su legislación.

Similar planteamiento es expuesto en providencia de radicado T-728 del año 2002 expedida por el mismo ente que expone al respecto lo siguiente:

“En los casos en el que el delito se comete fuera del territorio de la comunidad, la jurisprudencia constitucional exige, para que se reconozca el derecho a ser juzgado por la jurisdicción especial indígena, que se tenga 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”²

De esta forma la tesis del arraigo es un factor determinante para solucionar el conflicto de competencia y es necesario establecer que esta función es una potestad del juez competente, quien tiene la tarea de decir el grado de conocimiento del infractor respecto a la norma que ha violado.

¹ Colombia – Sentencia. Sentencia de radicado C - 370 (14 de mayo del año 2002) MP Dr. Eduardo Montealegre Lynett

² Colombia – Sentencia. Sentencia de radicado. T - 728 (5 de septiembre del año 2002) MP Dr. Jaime Córdoba Triviño

CONCLUSIONES

Existe una gran cantidad de reclusos indígenas en las cárceles ordinarias lo cual resulta preocupante puesto que parece que la tesis del arraigo en detrimento a la defensa del principio de diversidad étnica y cultural se ha convertido en una regla, cuando el alcance de la misma es de naturaleza restrictiva puesto se encuentra subordinada al principio de diversidad étnica y cultural.

Es necesario establecer que el encargado de dirimir los conflictos entre dos jurisdicciones es el juzgador quien en todo momento debe de establecer si la persona que cometió el delito tiene la capacidad para comprender el alcance de sus acciones y los valores que son promovidos en la cultura oriental a la cual no hace parte, es necesario establecer que la noción de inimputabilidad por diversidad socio cultural se encuentra actualmente derogada por el ordenamiento jurídico penal colombiano en el sentido que la misma representaría aceptar que un indígena por el simple hecho de ser indígena es un ser inferior imposibilitado para comprender el ordenamiento jurídico colombiano.

Es necesario afirmar que en realidad si existe una incapacidad para comprender el alcance de la prohibición de una norma que regula un delito, pero el mismo no es producto de un estado de inferioridad psicológica del mismo o de desviación como en los otros casos de inimputabilidad sino producto de la pertenencia del mismo a una cultura completamente diferente de origen aborígen e incluso salvaje y rudimentaria que le impide comprender una civilización completamente diferente a la que ha hecho parte en su desarrollo histórico antropológico.

Se logra establecer que la inimputabilidad no es el criterio procesal de naturaleza sustantiva que permita a los jueces trasladar o extraer un conflicto judicial indígena en materia penal a la justicia ordinaria siendo usada en todo momento la tesis del arraigo en el momento de solucionar estas controversias y siendo este el factor para que los jueces solucionen esta problemática como argumento para aplicar la ley ordinaria subordinando la ley indígena.

BIBLIOGRAFÍA

Asamblea nacional constituyente. (1991) Constitución política de Colombia. Editorial Legis 2014.

Becerra, Carmen Andrea. (2014) La jurisdicción especial indígena y el derecho penal en Colombia: Entre el pluralismo jurídico y la autonomía relativa. Editorial Unirosario. Edición 2. Bogotá. 2014 Pág. 32

Colombia – Sentencia. Sentencia de radicado T – 254 (30 de mayo del año 1994) MP Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

Colombia – Sentencia. Sentencia de radicado C – 139 (9 de abril del año 1996) MP. Dr. Dr. Carlos Gaviria Díaz

Colombia – Sentencia. Sentencia de radicado T - 496 (26 de septiembre del año 1996) MP Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Colombia – Sentencia. Sentencia de radicado T - 523 (15 de octubre del año 1997) MP Dr. Carlos Gaviria Díaz

Colombia – Sentencia. Sentencia de radicado C - 370 (14 de mayo del año 2002) MP Dr. Eduardo Montealegre Lynett

Colombia – Sentencia. Sentencia de radicado. T - 728 (5 de septiembre del año 2002) MP Dr. Jaime Córdoba Triviño

Colombia – Sentencia. Sentencia de radicado T – 973 (18 de diciembre del año 2009) MP Dr. Mauricio González Cuervo

Colombia – Sentencia. Sentencia de radicado T – 002 (11 de enero del año 2012) MP Dr. Juan Carlos Henao Pérez

Colombia – Sentencia. Sentencia de radicado T – 866 (27 de noviembre del año 2013) MP Dr. Alberto Rojas Ríos

Colombia – Sentencia. Sentencia de radicado T – 921 (5 de diciembre del año 2013) MP Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Quintero calache, Juan Carlos. (2014) El fuero judicial de los pueblos indígenas frente a la justicia ordinaria y la responsabilidad del Estado colombiano por su vulneración fáctica. Editorial QYM. Bogotá. 2014. Pág. 48

Sotomayor acosta, Juan Oberto. (2014) La responsabilidad penal del indígena en Colombia entre el mundo real y el mundo posible. Editorial Universidad externado de Colombia. Bogotá. 2014. Pág. 21