

De la victimización del indígena en Colombia a la luz de la ley penal

Nicolás Bustos Sarmiento *

Resumen

Someter al indígena a un régimen penal estatal que consulta una escala de valores totalmente diferente es victimizarlo a través del aparato represor institucionalizado, pues sus valores distan de los nuestros. No usar ningún mecanismo de represión ante el indígena transgresor repercute en el aumento de la impunidad. Debe sancionarse penalmente al indígena según su escala de valores y no según la nuestra.

Palabras claves: Indios de Colombia - condiciones legales, derecho penal - Colombia

Resumen

To subject the native people to a state penal system that consults a scale of completely different values is to convert them in victims through the apparatus institutionalized represor, because their values are far from ours; do not use any kind of mechanism of repression against these native offenders, rebound in the increase of the impunity. It should be sanctioned to the native penally according to their scale of values and not according to ours.

Key words: Indians of Colombia - legal aspects, penal law - Colombia.

Existen en la actualidad 81 grupos de descendencia amerindia en el territorio nacional, que hablan 75 lenguas diferentes y se encuentran distribuidos en el 25% del territorio nacional, reconocidos antropológicamente como colectividades que conservan sus usos y costumbres¹.

Con la Constitución de 1991 se

realizó el papel que juegan estas colectividades en la integración multi-étnica, pluricultural del concepto de nación y la formación de un Estado inmanente del hombre, social y sometido al derecho democrático, participativo y, sobre todo, fundado en el respeto a la dignidad humana.

Lo anterior se patentiza con las normas que nuestra Carta Mayor trae al respecto en los artículos 7, 10, 13, 70, 171, 176, 246 y 330; que consagra tanto el derecho a la igualdad, a la propia lengua como al reconocimiento multiétnico de la nación y de sus usos, costumbres, normas y

* Abogado egresado de la Universidad Externado de Colombia. Especializado en Instituciones jurídico penales de la Universidad Nacional. Fiscal Local de Patrimonio Económico - seccional Barranquilla.

¹ Informe de la Escuela Superior de Administración Pública.

procedimiento de control social, cuando no vulneren la Constitución o la Ley.

Sólo hasta 1991 se les dio la oportunidad a las comunidades indígenas para que se les tratara como grupo social diverso, con todas las implicaciones que ello conlleva, y en especial en materia penal, en la que el sistema dominante se funda en valores sociales bien diferentes de los de estas colectividades. En la comunidad wayúu, por ejemplo se palpa una escala de valores cuantitativos y cualitativos diversos. Comunidad que practica ritos y parafernalias de acuerdo con su escala de valores. Así mismo, posee procedimientos de control social que no responden a los valores sociales de nuestro estatuto sustantivo y procedimental punitivo, como se verá más adelante².

En materia penal, las comunidades indígenas han estado siempre sometidas al régimen penal impuesto por el Estado en ejercicio de su potestad punitiva, y prueba de ello se evidencia en las etapas que a continuación señalaremos.

En un principio y al inicio del sistema jurídico de Colombia como Estado se les denominó **indígenas, salvajes y semisalvajes**, con lo cual se vulneraba el principio de igualdad

jurídica o formal, y estuvieron sometidos de conformidad con los artículos 1 y 40 de la ley 89 de 1890; artículo 2 de la Ley 72 de 1892 y el artículo 3, decreto 706 de 1931. Así mismo, se relegó a las misiones evangelizadoras la potestad de sancionar o punir con lo cual se logró una aculturación y un sometimiento de las culturas aborígenes³.

Una segunda etapa se verifica con la puesta en vigencia del Código Penal de 1936, que se estructuró teniendo como base la actividad psicofísica del agente para determinar la responsabilidad o imputabilidad subjetiva y la peligrosidad social que representa el transgresor, para la dosificación de la pena. Así, pues, este código trajo en su articulado el principio de territorialidad e igualdad, fundado en la responsabilidad del delincuente en su libre albedrío y en el normal ejercicio de sus actitudes morales e intelectuales; atributos de los cuales no gozaba el indígena, por su incomprensión de la escala de valores de la cultura dominante. Por tal motivo quedaban excluido del régimen penal del Estado, y por lo mismo debería continuar sometido a un régimen especial, penal diverso del ejercido por el Estado, es decir, el establecido por el gobierno y ejercido por las misiones evangelizadoras.

Un tercer momento se logró por

² PERAFAN SIMONDS, Carlos César. *Sistemas Jurídicos Paez, Cogi, Wayúu y Tule*. Colcultura, 1995.

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-546 del 1° de octubre de 1992. M.P.: Ciro Angarita Barón.

vía jurisprudencial en 1950, cuando en apreciación e interpretación del Código del 36, la Sala de Casación Penal consideró que resultaba abiertamente inexecutable que las colectividades misioneras pudieran ejercer la potestad punitiva, y consideró derogado el artículo 1 de la Ley 89 de 1890 por el artículo 4 del Código del 36, y especialmente frente al artículo 58 de la Carta Fundamental de 1886, reformada en el acto administrativo No 1 de 1945, en que normó que la potestad punitiva y la justicia es un servicio público a cargo del Estado y, en consecuencia, no puede existir régimen punitivo diverso al estatuido por el Estado.

Por lo anterior y con fundamento en el Código Penal de 1936 y su tendencia peligrosista, consideró la Corte que los indígenas debían someterse al régimen penal ordinario, en cuanto son peligrosos a la sociedad, tanto como los locos, los anormales, los intoxicados, y por tanto debían someterse a la Ley.⁴

Un cuarto momento se presentó con fundamento en la aplicación del Código de 1936, fundado en la responsabilidad derivada de la actitud psicofísica, y por tal se avaluó pericialmente al indígena a través del médico forense que dictaminaría sobre su grado evolutivo diverso, evolución cronológica y relación de

contemporaneidad, cuya tabla de valores obedece a un orden de jerarquía conceptual compleja, diversa y de elaboración lenta y difícil; a tal punto que los dictámenes equiparaban al indígena a un infante, para tenerlo como inmaduro psicológico, incapaz de comprender o determinarse a su comprensión, y por tal se le tuvo como inimputable, de conformidad con el artículo 29 del Código Penal de 1936.

Este modo de evaluación equivocado convirtió una vez más al indígena en víctima de un sistema penal dominante, por cuanto lo consideró deficitario mental, sin considerar que él como tal era maduro, con capacidad de comprensión y determinación de acuerdo con ésta, en una estructura social suya, donde comulgaba con la escala de valores sobre la cual se organizaba su estructura socio-política, económica y su régimen de control social.

Un quinto momento se logró por vía jurisprudencial en 1970, en concepto que señaló que los indígenas no podían ser juzgados y castigados por misioneros, pues así lo establecía la Carta Fundamental vigente. Así mismo, se derogaron las normas que así lo indicaban, y como la competencia de juzgamiento y los fueros deben estar claramente establecidos por vía legal, a los jueces no les era permitido deducirlas o estatuir las por vía analógica. De suerte que se estableció que los indígenas no están sometidos a ninguna norma repre-

⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia del 22 de septiembre de 1950. M.P.: Luis Gutiérrez Jiménez.

siva y a ningún juez competente.⁵

Un sexto momento lo constituye el Código Penal de 1980, actualmente vigente y que no se refiere especialmente a los indígenas, pero establece la inimputabilidad en su artículo 31 por inmadurez psicológica o trastorno mental.

Podemos concluir entonces que no siendo el indígena ni inmaduro psicológico, a menos que se haga referencia a su infancia, de acuerdo con la escala valorativa de su cultura o que corresponda a un trastornado mental—caso en el cual sí es la ciencia médica y antropológica la llamada a dictaminar su trastorno, no por evaluación de referencia cultural, sino por correspondencia a su escala de valores—, que a los indígenas inmaduros psicológicos o trastornados mentalmente (según su escala de valores) y transgresores de la ley penal dominante se les aplique los artículos 94 y 95 que contemplan las medidas de seguridad para inimputables, siempre y cuando estas medidas cumplan sus fines legales. Así mismo, creemos que en nada le serviría retornar a su hábitat como lo manda el artículo 96 de la misma codificación.

Por lo anterior concluimos que para un indígena mayor de edad, maduro a nivel psicológico y clíni-

⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia del 14 de mayo de 1970. M.P.: José María Velasco Guerrero. Aprobada mediante acta No. 12 de 1970.

camente sin trastornos, pero que ha transgredido la ley penal de la cultura dominante (Estado), no existe norma penal aplicable y, en consecuencia, no se le podría someter a unos procedimientos y normas sustantivas penales incomprensibles para su cultura.

La actual Carta Política les reconoce a las comunidades indígenas la posibilidad de ejercer la jurisdicción indígena dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas, sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a la Ley.

Es importante aclarar que a cada grupo se le reconoció su integridad, en lenguaje, territorio, derechos fundamentales, usos y costumbres, pero la Carta al mismo tiempo se los limitó en cuanto sean contrarios a la Constitución y a la Ley. De manera que podemos encontrar cuatro reglas de interpretación para dirimir los posibles conflictos que se puedan presentar entre las normas ordinarias y las que cobijaría cada Jurisdicción especial indígena:

- Este derecho fundamental sólo se les reconoce a las comunidades indígenas de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborigen y mantienen rasgos y valores propios de su cultura tradicional, formas de gobierno y control social interno que las diferencian de otras comunidades

rurales.⁶

- En los usos, costumbres y procedimientos acogidos por las comunidades indígenas deberán respetarse los derechos fundamentales recogidos en la Constitución, como quiera que éstos constituyen un límite material al principio de diversidad étnica y cultural.
- Como tercera regla de interpretación se encuentra el respeto, el acatamiento imperativo, la observancia de las normas de orden público, siempre y cuando éstas protejan un valor o principio constitucional de jerarquía superior a los usos, costumbres y procedimientos indígenas.⁷
- Por último, y como regla de mayor amplitud que favorece al indígena y sus formas de control social, tenemos la que ordena que los usos, costumbres y procedimientos prevalecen sobre las normas legales dispositivas (del Estado).

Siendo éstas las reglas de oro para conciliar el enfrentamiento de órdenes jurídicos diversos, es necesario hacer claridad que con ello no se está reconociendo toda la gama de derechos que implica la biodiversidad étnica colombiana, por cuanto se está poniendo talanquera al ejercicio real

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-188 de 1993. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia 007 de 1995. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

de los derechos. Esto se hace patente al observar, a guisa de ejemplo, que en la comunidad indígena wayúu no existe el concepto de responsabilidad penal subjetivo e individual del agente agresor (pilar de nuestro sistema penal), sino que su sistema represor se funda en una responsabilidad objetiva, social y solidaria del grupo social, familia o casta del sujeto que comete la falta frente al grupo, familia o casta que recibió la ofensa; más parecida a nuestra forma de responsabilidad civil. Así mismo, se observa que puede restablecerse el equilibrio de la ofensa mediante la pérdida de un poco de honor de la familia agresora, hecho que se materializa cediendo ésta parte de sus bienes.

Si en materia penal encontramos conceptos tan de suma importancia como inconciliables, vale la pena preguntarse si debe o no ceder la justicia ordinaria ante la solución de conciliación wayúu, o si, por el contrario, debe doblegarse el valor, la costumbre y el procedimiento indígena ante el ordenamiento estatal.

Otro elemento que no se puede dejar de lado es el concepto de responsabilidad penal subjetivo, fundado en el conocimiento y la voluntad del agente. La pregunta es: ¿será que del indígena que no comparte nuestra escala de valores podrá predicarse su conocimiento respecto de su acto y la ley? (Confrontación en la que resulta la antijuridicidad del hecho punible), y seguidamente pre-

guntarse si partiendo de que el indígena no comprende, no por su inmadurez, ni por trastornado, sino por su pertenencia a una escala de valores distinta, ¿puede realizar un acto voluntario, vale decir, realizar un acto arbitrado por su querer volitivo sin vicio alguno? En conclusión, diremos que no y necesariamente no, porque sin conocimiento no hay lugar al despliegue del acto voluntario y del cual pueda ser responsable penalmente.

No cabe duda entonces que para evitar la victimización del indígena en el campo del derecho penal, por un lado, y para evitar impunidad (falta de sanción del Estado o de otras jurisdicciones reconocidas por éste), por el otro, es necesario la reglamentación de la Jurisdicción indígena, norma que por demás deberá ser estatutaria, para que en cada comunidad indígena sea reglamentada de conformidad con sus valores, usos, costumbres y procedimientos.⁸

⁸ MARTHA ALCIRA AREVALO ALVARADO Y NICOLAS BUSTOS SARMIENTO, en su monografía «El indígena wayúu, víctima de la ley penal colombiana», presentada para optar a la especialidad en Instituciones Jurídico Penales en la Universidad Nacional, 1996.