

“Todavía quedan Jueces en Colombia”*

*Hernando León Londoño Berrío***

Evocando una de las referencias históricas más conocidas sobre el Juez como garante de los derechos fundamentales, frente a los diversos poderes que pueden vulnerarlos, podemos sumar nuestra voz a la del indígena Mestizo Musicué y decir con él que “Todavía quedan Jueces en Colombia”. Y ello porque los magistrados autores de la providencia objeto de este comentario, ejercieron con valor y altivez el papel institucional que los legitima según nuestro ordenamiento jurídico, esto es, ser garantes y celosos custodios de los derechos fundamentales.¹ Se hacen acreedores a este pedestal porque el

* Comentario a la Sentencia del 4 de febrero de 2000 de la Sala Penal del TS de Buga.

** Especialista en Derecho Penal. Profesor de Derecho penal y Criminología en la Universidad de Antioquia.

¹ Muy claramente lo expresa Ferrajoli, cuando dice: “En esta sujeción del juez a la Constitución, y, en consecuencia, en su función de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, está el principal fundamento de legitimación de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes (...). Precisamente porque los derechos fundamentales sobre los que se asienta la democracia sustancial están garantizados a todos y a cada uno de manera incondicionada, incluso contra la mayoría, sirven para fundar, mejor que el viejo dogma positivista de la sujeción a la ley, la independencia del poder judicial, que está específicamente concebido para garantía de los mismos. En consecuencia, el fundamento de legitimación del poder judicial y de su independencia no es otra cosa que el valor de igualdad como igual en *droits*: puesto que

contenido de su decisión y los argumentos que vinculan, evidencian plurales virtudes: una sólida e integral concepción del derecho, que les permite una cabal comprensión del contenido y el espíritu de nuestros principios y valores constitucionales; una formación sociológica y criminológica, esto es, capacidad de conocer la historicidad de los conflictos que se ventilan en los procesos y el contexto socioeconómico y político en los que estos se gestan y manifiestan; una actitud crítica respecto de los fines y las funciones que el control social punitivo cumple dentro de nuestro sistema social; independencia de criterio, acompañada de una vocación por la equidad; y finalmente, la osadía de procurar ser justos, aun cuando ello resulte ser la línea de comportamiento más onerosa intelectualmente y no exenta de los riesgos por sindicaciones de prevaricato, dadas las resistencias de muchos poderes sociales e institucionales, que se sienten mortificados y agredidos por jueces de este talante moral y de esta inmaculada espiritualidad científica y sociológica.

Luego de estas consideraciones obligadas, procedemos a ocuparnos de los aspectos que consideramos de mayor importancia de la sentencia objeto de nuestro comentario:

1. Desde el punto de vista jurídico, tiene el mérito de apartarse en forma radical de los precedentes doctrinarios y jurisprudenciales que han tratado de resolver el conflicto relativo a la competencia para el juzgamiento de indígenas, utilizando la categoría de la "inimputabilidad" de nuestro Código Penal,² para encarar la solución del caso

los derechos fundamentales son de cada uno y de todos, su garantía exige un juez imparcial e independiente, sustraídos a cualquier vínculo con los poderes de mayoría..." (Ferrajoli, Luigi. "El derecho como sistema de garantías", en *Revista Nuevo Foro Penal*, No. 60, -Centro de Estudios Penales-Universidad de Antioquia, Bogotá, Temis, 1999 pp.68-69). Cfr. también, sobre el Juez en el estado constitucional de derecho: Peña Freire, Antonio Manuel. *La Garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, 1997, p.233. Cfr. También, Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*, trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1995, pp.144-150.

² Para una lectura crítica de estos precedentes, cfr. Londoño Berrío, Hernando León y Vargas Restrepo, Alicia Eugenia. "El indígena ante el derecho penal", en *Revista Nuevo Foro Penal*, No. 63, Bogotá, Temis, 2000.

a través de la aplicación en forma directa del artículo 246 de la Constitución Política. Prohíja así sugerencias analíticas dadas por la Corte Constitucional en diversas sentencias de constitucionalidad y de tutela,³ pero con la virtud de una plena coherencia con la maximización de la autonomía cultural, étnica y jurídica.

Por la importancia de este asunto, somos más específicos: La Corte Constitucional afirma que el derecho al fuero indígena se determina atendiendo tanto al elemento personal como al geográfico, lo cual sencillamente se puede compartir; pero, al final termina negando el carácter fundamental de este derecho cuando establece que su reconocimiento está en relación inversa con el grado de "aculturización" en que se encuentren: bien sea el indígena, individualmente considerado; o, la comunidad a la que éste pertenece.⁴ El salvamento de voto a la sentencia objeto de nuestro comentario, acoge esta perspectiva interpretativa de nuestras normas constitucionales y por ello concluye que en el caso analizado no cabe reconocerle al indígena derecho alguno al fuero, por ser persona "aculturizada" (sabe leer y escribir en idioma castellano, conoce que el comerciar con marihuana es ilícito penal dentro de nuestra cultura), porque actuó "como cualquier persona civilizada" y por alejarse voluntariamente de su comunidad.

En afortunado contraste, en la sentencia comentada se utilizan los mismos elementos (el personal y el geográfico), pero se reinterpretan y se concluye que la equidad en el juzgamiento obliga a que "solamente se pueden desarrollar juicios sobre comportamientos de las personas, dentro de los marcos normativos y de los contextos axiológicos correlativos, en que viven", razón por la cual, aunque el delito fue cometido en buena parte en el exterior del resguardo en el que habitaba el procesado con su familia, esa circunstancia no se reputa como desnaturalizadora de su condición de "indígena", y con-

³ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-349 y T-496 de 1996 y SU-510 de 1998.

⁴ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-254 de 1994, T-349 de 1996 y SU-510 de 1998.

secuente con ello, lo determinante para el reconocimiento del derecho al fuero indígena es el lugar donde se formó y vive el procesado, "que es el que lo marca y lo condiciona culturalmente".

2. Hermoso y formal planteamiento el anterior. El verbo "interpretar" hunde sus raíces en la greda gris del sufrimiento, el abandono de las comunidades indígenas y las semillas históricas de su cultura, espigas de luz holladas por la cultura dominante que perviven en la fecundidad de la esperanza.

Enfatizamos, en este comentario, la agreste palabra indígena de Jesús Piñacué:⁵ "Representamos humildad en el servicio y, de vez en cuando, un gesto para señalar, sin temor público, los actos criminales que ocurren en nuestros territorios: Por ejemplo, la presencia de La Occidental en el territorio U'wa, con la anuencia y el compromiso del gobierno. El caso de los Embera-Katíos y Chamí, víctimas de los paramilitares y de la guerrilla". Y agrega: "Hoy necesitamos resolver: el problema de la tenencia de la tierra; el hacinamiento en las ciudades, en condiciones de marginalidad y desoportunidad; la actividad política oscurecida por la corrupción, la mentira y el engaño; un Estado que está lejos y por encima de los ciudadanos; la pobreza de muchos pueblos y minorías como campesinos, negros e indígenas".

¿Y qué *regateaba* el salvamento de voto? El fuero indígena correspondiente al resguardo *Huellas de Caloto*. No puede negar que el procesado Evaristo Mestizo Musicué "se encuentra inscrito en el censo indígena", pero pretende arrebatárle su condición porque "sabe leer y escribir el idioma castellano aun cuando en forma rudimentaria" y, en su injurada, "reconoció directamente sin reticencia alguna saber que comerciar con marihuana constituye delito en nuestra legislación...". En primer lugar, el "censo indígena" –como en los libros bíblicos– es la historia fidedigna de un pueblo. En segundo lugar, la humildad del procesado y su incita reclamación a las leyes de su raza:

⁵ Reportaje publicado en el periódico *El Colombiano*, 12 de noviembre del 2000, p.9-A.

"Yo soy ignorante y franco...". Dice que está arrepentido, que obra por manipulación de "señores que van de aquí del Valle, pero nunca me dicen cómo se llaman...", "acepta que su proceder no fue correcto, situación que promete no volver a cometer", "que lleva trece meses en prisión sin haber sido visitado por su familia".

¿Y por qué "no lo ha visitado su familia"? ¿Acaso, por desamor? No, mil veces no. Por ser una familia indígena pauperizada, también castigada (¿Indirectamente? o: ¿Directamente?) por la larga ausencia del padre encarcelado, el agricultor del parvo minifundio, cuyos "cultivos tradicionales para responder a una mujer y ocho hijos que mantener, no alcanzan". ¿Entonces, quién podía visitarlo? ¿Qué le ha dado la cárcel sino dolor, soledad y degradación? Y si hay tanto celo en parangonar normas jurídicas, ¿Por qué también se olvidó su "Estado de Necesidad" personal y familiar?

Este comentario detecta como tesis principal la justificación de la conducta bajo el crisol quemante e ineludible de la necesidad. Y, además, entiende que si la Sala de Decisión obró con majestuosa prudencia, reconociendo lo mínimo a conceder: "el fuero indígena" y "la libertad inmediata del encarcelado", lo hizo así para evitar, con inteligente piedad individualizada, obstáculos que pudieran presentarse ante la trascendental tesis política y sociológica que diseña –sin concluir resolutivamente– la sapiente sentencia, al expresar en bella síntesis: Evaristo Mestizo Musicué es: "un campesino pobre colombiano, del más del medio millón que están dedicados al pequeño cultivo de plantas de las cuales se extraen sustancias prohibidas, que constituyen el eslabón más débil de la cadena de la droga; un campesino –indígena– que cae en el delito, inducido por traficantes manipuladores, *por la necesidad alegada y creíble de sustentar a su familia*. Un campesino –indígena– que no tuvo como pagarse un abogado para enfrentar este proceso, y que reclama que se le apliquen los castigos de su comunidad (fuate, cepo y trabajos forzados)" (cursivas por fuera del texto).

Exactamente: Este indígena no es un hombre, es un inmenso colectivo. Es el símbolo de los campesinos pobres del sur de Colombia. Por tanto, ahora, cuando la casuística nos presenta a uno de ellos como arquetipo, es válido unir nuestra voz a su grito: El "Plan Colombia", si ama la paz, deberá respetar sus cultivos lícitos y aceptar, en contra de la fumigación arrasadora, la limpieza manual de los cultivos ilícitos, incentivando con planes económicos una auténtica y sana sustitución. Así, sin perjuicio y daño familiar y con un laudable y realizado propósito universal.

Después de esta disgresión, aposentado su vuelo, hemos de retornar al núcleo esencial y definido de nuestro comentario: La sentencia y su salvamento de voto.

3. Consideramos que la tesis triunfante, es la que mejor respeta la naturaleza del fuero indígena, por las razones que pasamos a relacionar:

3.1. El fuero indígena, una de las manifestaciones del derecho de los pueblos indígenas a su propia jurisdicción, tiene en muchos casos una vigencia de varios siglos y se ha conservado gracias a la resistencia y tenacidad de sus luchas. El que nuestra Constitución Política de 1991 lo hubiera consagrado como derecho fundamental, no es producto de concesión gratuita sino de un reconocimiento explícito de una realidad social, cultural y política insoslayable.

Hunde sus raíces en diversos principios constitucionales: el reconocimiento de la diversidad cultural, entendida como signo de riqueza de nuestra sociedad (art. 7º); igualdad y dignidad de las culturas que conviven en el país (art. 70, inciso 2º); el carácter democrático de nuestro régimen político; el principio de igualdad (art. 13) y el derecho de las comunidades a su propia jurisdicción (art. 246). Tiene también como finalidad garantizar el respeto a "la particular cosmovisión del individuo" y que el fallo que en su caso se profiera se aproxime a la equidad. Desde estos presupuestos, resulta indubitable que el conflicto protagonizado por un indígena, cualquiera sea el

lugar en que éste se presente, estará mejor mensurado, contextualizado, analizado e interpretado por los baremos propios de su cultura, porque son los valores y principios de ésta, los que aportan mejores elementos para comprender la significación de la conducta y conforme a los cuales se determina el nivel de exigibilidad que cabe atribuirle al sujeto, de respeto hacia las normas. Además, ha sido la comunidad indígena la que luego de valorar sus experiencias históricas y los mecanismos de control social disponibles, ha optado por una respuesta, que en caso de ser de contenido punitivo, es la seleccionada entre un amplio arsenal, porque la reputa proporcionada y justa, atendidos los valores y costumbres prevalentes en la comunidad; e idónea y eficaz, según el contexto sociocultural y económico en que el conflicto se gesta y manifiesta.

3.2. No resulta válido sostener que existe una relación directamente proporcional entre la "aculturización" de una comunidad indígena o de un integrante de ella, con la competencia del sistema punitivo estatal para conocer del conflicto surgido con motivo de la conducta imputable a un indígena. Una interpretación en este sentido del artículo 246 de la Constitución Política, comporta por sí misma una vulneración al derecho a la autonomía cultural, del cual es expresión el derecho a la jurisdicción especial. Aseveramos esto, por diversas razones:

En primer lugar, el concepto de "aculturización" no comporta valor alguno al cual se le deba rendir tributo, cuando el mismo no es más que un eufemismo con el que se encubren diversas violencias y discriminaciones, que se han ejercido y ejercen en contra de las comunidades indígenas a instancias de los poderes económicos y políticos que representan la "visión mayoritaria", como lo son el despojo de las tierras tradicionalmente habitadas por la comunidad, la criminalización de sus resistencias, el asesinato y desaparición de sus líderes, el aniquilamiento de los resguardos, el avasallamiento por el hambre y la minimización de dichas culturas. Sobre estas realidades, constitutivas de un etnocidio, de un genocidio, es imposible política y

éticamente construir la legitimidad de la jurisdicción propia de la "visión mayoritaria" para juzgar a los sobrevivientes de tal barbarie.

Además, si no obstante la "aculturización" de una comunidad, subsisten en ella características que permitan afirmar su carácter indígena, y lucha por conservar su identidad cultural apuntalando sus propias formas de control social, usurparles su derecho a juzgar las conductas de los integrantes de la comunidad, constituye en nuestro sentir un nuevo etnocidio, pues con ello se obstaculiza la posibilidad de reconstruir su propia identidad, entre cuyos elementos el control social autónomo reviste mayúscula importancia.

En segundo lugar, por "aculturización" también se puede entender la recepción por la cultura indígena de elementos de la nuestra, producto del diálogo permanente que existe entre ellas, favorecido por el hecho de que comparten un territorio, un Estado y muchas veces una historia común. Sobre este presupuesto, en contra de la identidad cultural de una comunidad indígena, nada dice el hecho de que la misma haya favorecido entre sus miembros el conocimiento del idioma español, haya incorporado instituciones de nuestra cultura, haya asimilado nuestras técnicas de producción o costumbres alimentarias o reputa como disvaliosas conductas que nuestros códigos definen como ilícitas.⁶ Además, si nuestra Constitución Política

⁶ Suscribimos obviamente una concepción dinámica y dialógica de cultura, la cual es descrita por Sánchez Botero y Jaramillo Sierra en los siguientes términos: "Los indígenas han sido erróneamente pensados como seres cuya identidad ontológica está definida por su nacimiento o por portar determinadas características. No son pensados, ni tratados como seres en devenir, cuya identidad no consiste en el mantenimiento de algo inmanente y estático, sino que se determinan como todos los humanos en sociedad, en invención permanente de su identidad en relación con su mundo y el de los demás. Los sujetos como los grupos sociales, van incorporando conocimiento, nuevas estructuras y clasificaciones en el orden cognitivo, que son producto de relaciones sociales cambiantes. Este orden se define por los referentes de la cultura que se ha modificado históricamente y sirve de guía para los comportamientos que otorgan significaciones compartidas (...) La interiorización de elementos socioculturales y de cultura material pertenecientes a otras sociedades y culturas, que supuestamente acaban con la identidad, en muchos casos es condición necesaria para poder existir.

concibe la pluralidad de culturas como una de nuestras grandes riquezas, y prescribe que en forma igualitaria todas tienen el derecho a la autonomía y reclama la necesidad de un diálogo horizontal e igualitario entre ellas, la circunstancia de que una de las culturas prohíje elementos de otra, no implica por ello ésta pueda ser despojarla de sus derechos. Dentro de este orden de ideas, si una comunidad indígena se encuentra más o menos "aculturizada", no por ello pierde sus derechos colectivos, entre los cuales se cuenta el derecho a su propia jurisdicción, esto es, que sus propias autoridades resuelvan los conflictos generados por sus integrantes y conforme a las normas de su propio derecho.

De otro lado, no es un despropósito afirmar que nuestra cultura, aunque mayoritaria, es igualmente "aculturizada", tanto por los contactos que la misma ha tenido y tiene con otras culturas existentes dentro del país, como con culturas extranjeras. Entre dichos contactos se encuentran los tenidos con las culturas indígenas y nadie hasta el presente se ha atrevido a afirmar que por ello la jurisdicción indígena adquiere el derecho o la competencia para avocar el conocimiento de las conductas realizadas por personas de nuestro margen cultural, ni siquiera en los eventos recurrentes en que las víctimas son las comunidades indígenas (v.gr. prácticas genocidas; desplazamientos forzados; asesinato de sus líderes y usurpación de sus territorios).

Entonces, si queremos ser consecuentes con el derecho a la igualdad de todas las culturas, erigido como principio por nuestra Constitución Política, la jurisdicción especial indígena, expresión del dere-

La singularidad propia de estas comunidades en las cuales se reproducen y se manifiestan formas diferentes de vida social, son los *sentimientos y vivencias colectivas* que siempre son cambiantes y siempre se recrean con el tiempo, sin recurrir a estructuras petrificadas o camisas de fuerza que no se modifican temporal, ni definitivamente. Esta es una de las visiones que actúa como presupuesto del reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural que debe ser modificada", Sánchez Botero, Esther y Jaramillo Sierra, Isabel Cristina. *La Jurisdicción Especial Indígena*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2000, pp. 53 y 56.

cho colectivo a la autonomía cultural y étnica, debe ser respetada y privilegiada cuando de un indígena se trata.

3.3. El desplazamiento que hace el indígena a un lugar por fuera del territorio de su comunidad, sea éste de manera temporal o por un tiempo más o menos prolongado,⁷ no es circunstancia que tenga la entidad de argumento legítimo para determinar la vigencia o no del fuero indígena en un caso concreto. Y ello por varias razones:

En primer lugar, si algo ha caracterizado a nuestras comunidades indígenas, a lo largo de la historia social del país, es su vulnerabilidad, lo que influye indefectiblemente en la permanencia en sus territorios. A esta vulnerabilidad contribuyen diversos factores: la expansión del latifundio y de narcopropietarios; la actividad minera y petrolera; la calificación de "baldías" a las tierras seculares de los indígenas y su asignación a grupos de colonos y campesinos, para ampliar la frontera agrícola y evitar la reforma agraria; el deterioro de sus ecosistemas por la explotación de madera, flora y fauna y recursos minerales, con el correlativo debilitamiento de los recursos para la satisfacción de sus necesidades alimentarias, de vivienda; los megaproyectos que comprometen tierras habitadas por los indígenas; el conflicto armado. Ninguna de estas violencias puede aportar un argumento legítimo para sustentar la tesis de que las comunidades indígenas o integrantes de ella, pierden el derecho a la jurisdicción especial o al fuero, porque se vieron obligados por ellas a abandonar su territorio para garantizar su existencia.

⁷ Son innumerables las hipótesis que explican dicho desplazamiento: asistir a un evento nacional o internacional; visitar a familiares o amigos; realizar actividades políticas y administrativas, como es el caso de los indígenas elegidos para las corporaciones públicas o para regir los destinos de entes territoriales como municipios y gobernaciones; realizar estudios de cualquier grado; marchar hacia una ciudad o municipio, como forma de protesta o denuncia por la violación de sus derechos o como forma de presionar modificaciones en las políticas públicas. Incluso, en las ciudades y poblaciones hay indígenas que viven en ella en forma permanente, a los cuales se les ha reconocido sus propias autoridades.

Además, si acogiéramos la tesis de que sólo se pierde el derecho colectivo a la jurisdicción especial o al fuero, cuando la salida del territorio no es "justificada", ¿con qué criterios se ha de valorar este concepto? ¿Quién tiene autoridad y sapiencia para definir el asunto en cada caso?

En segundo lugar, la Corte Constitucional, con mayúsculo acierto ha expresado,⁸ que a favor del indígena "es necesario que se imponga siempre un trato preferencial", como una manera de compensar social y políticamente "el abandono, la humillación y discriminación" a los que evidentemente han sido expuestos. Si este argumento es válido, como nosotros lo consideramos, con mayor razón debe privilegiarse la vigencia de la jurisdicción y del fuero indígenas, porque es indudable que el sistema de justicia penal en manos del Estado ha sido otra de las formas de "humillación", "discriminación" y aniquilamiento cultural, económico, político y social de dichas comunidades. En este sentido, la historia de la inquisición en Colombia, la criminalización de la lucha indígena por recuperar los resguardos en contra de la hacienda, la represión cuando se sumaron a las reivindicaciones campesinas, entre otros, son testimonios sumamente dicentes de ello. Por esta razón, si nuestro sistema de justicia penal hace parte del proceso de "aculturización" sufrido por los indígenas, y éste no es otra cosa que un proceso caracterizado por "el abandono, humillación y discriminación", para compensar la desigualdad material que representa para tales culturas y etnias, se hace necesario entronizar un trato privilegiado, preferencial para ellas, que no puede ser otro que respetar las formas autónomas que culturalmente han creado para la solución de los conflictos intraétnicos.

4. La pretensión de que sea el sistema penal del Estado el que se encargue del conflicto que tiene como protagonistas a los indígenas, se procura legitimar sobre diversos mitos:

⁸ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-567 de 1992.

El primero de ellos, es el supuesto carácter científico de sus teorías y categorías con las cuales ha querido definir lo indígena. Hay suficiente evidencia de que las normas penales que han tenido vigencia durante gran parte de la historia de nuestra República, incluyendo el actual Código penal, han partido siempre no de una base "científica" de carácter sociológico o antropológico, sino de la visión del mundo de la cultura hegemónica y dominante y, consecuente con ello, se han construido categorías jurídicas de explícito contenido minimizante, peyorativo y discriminatorio para las comunidades indígenas.⁹ Ello ha dado pábulo, entre otras cosas, al sometimiento de dichos pueblos a las vicisitudes del sistema de control punitivo de origen estatal, con lo cual se ha desconocido la existencia de la jurisdicción y el derecho indígenas, que parten de una cosmovisión que prohija valores y formas de control social, que se diferencian sustancialmente del primero.

Otro de los mitos, implícito en el salvamento de voto de la sentencia comentada, y explícito en la mayoría de las sentencias en que la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la jurisdicción y el fuero indígenas, dice que el Sistema de Justicia Penal del Estado, surgido desde la cantera filosófica y política del iluminismo, como ninguno otro, configura un derecho penal humanista, rodeado de diques y límites que disciplinan su ejercicio, lo cual es una garantía del respeto a la dignidad de la persona humana que en el mismo se prodiga.

Esta argumentación incurre en una falacia normativista, pues juzga al sistema penal del Estado a partir de los principios, derechos y garantías que supuestamente lo disciplinan, cuando la realidad es que éstos en forma prevalente terminan cumpliendo una función simbólica, con la cual se pretende legitimarlo a nivel nacional e in-

ternacional. Y de ello hay evidencias irrefutables: i) Es clasista y selectivo, tanto en sede de creación de la ley, como de la aplicación y ejecución; ii) no es producto de un consenso obtenido en escenarios democráticos, con participación y representación de todos los sectores sociales que configuran la sociedad. El Código anterior (Decreto 100/80), fue expedido por el ejecutivo y el actualmente vigente (ley 599/2000), surgió de una iniciativa del Fiscal General de la Nación, erigida en ley por un trámite de pupitrazo; iii) en cuanto a la garantía del juez natural, ¿cómo se puede hablar de ella cuando quien dice ostentar dicha investidura se le ha asignado "reserva de identidad"? ¿O cuando se trata de un fiscal, con atribuciones jurisdiccionales para ordenar la captura, decidir sobre la libertad, si éste además es de libre nombramiento y remoción, dado que en la Fiscalía no se ha institucionalizado la carrera judicial?; iv) en cuanto al principio de legalidad, ¿qué queda del mismo con el entronizamiento con aval de la Corte Constitucional de tipos de sospecha, normas penales en blanco con reenvío genérico, y tipos abiertos, que la corporación citada reputa necesarios para abarcar "delincuencias dinámicas"?; v) y en cuanto al principio del estado o presunción de inocencia, ¿qué vestigio puede encontrarse de él con la institucionalización de la detención preventiva como medida de aseguramiento única en muchos eventos y cuando su imposición se desliga de razones procesales para dar cabida a razones punitivas, erigiéndola en auténtica pena anticipada?. ¿Cómo afirmar vocación de respeto a esta garantía, cuando la ley procesal ha permitido que personas declaradas inocentes, continúen privadas de la libertad?; vi) en cuanto al juego limpio en el proceso, ¿qué queda del mismo con la "ley del sapo", la cual erige al "testigo de corona", al "delator", como medio probatorio por excelencia?; vii) en cuanto al derecho de defensa, en su expresión "material", ¿qué salvaguarda del mismo es posible afirmarse cuando la ley autoriza a proferir sentencia condenatoria contra el "reo ausente"? Y en su expresión "técnica", ¿cuando se ha facultado y se faculta a "ciudadanos honorables" o a "estudiantes de derecho" a ejercer la defensa del imputado en los procesos por hechos punibles?; viii) Y en

⁹ Tal es la historia del concepto de imputabilidad. Cfr. Sotomayor Acosta, Juan Oberto. *Inimputabilidad y Sistema Penal*, Bogotá, Temis, 1996, p.262; Sotomayor Acosta, Juan Oberto. "La responsabilidad penal del indígena en Colombia. Entre el mundo real y un mundo posible", en *Revista Jueces para la Democracia*, N°26, Madrid, pp. 89-96; Bustos Ramírez, Juan. *Bases Críticas para un nuevo derecho penal*, Bogotá, Temis, 1982, p.109.

cuanto a las penas, ¿se podrá decir que la pena de prisión en Colombia, que predomina como sanción incluso para bagatelas, es humanitaria, proporcionada, necesaria y respetuosa de la dignidad humana? ¿Acaso, como lo recuerda muy bien la sentencia comentada, la misma Corte Constitucional (sentencia T-153 de 1998), no califica las condiciones de su ejecución como un "Estado de cosas inconstitucional"? ¿Resulta más idónea y/o más respetuosa de la dignidad humana que las sanciones impuestas por el control social propio de las comunidades indígenas?

No hay razón entonces para que muchos se rasguen las vestiduras, respecto de propuestas interpretativas de la Constitución Política como la suscrita en la providencia comentada, cuando la legitimidad y validez del sistema punitivo del Estado queda seriamente cuestionada al derrumbarse los mitos sobre los cuales se ha construido.

5. En esta oportunidad triunfó una tesis respetuosa de la diversidad étnica y cultural, pero contra la misma se ciernen muchos poderes y discursos que no permiten vaticinar que prevalezca entre los jueces que vienen conociendo de los conflictos suscitados por la jurisdicción y el fuero indígenas. A esta razón práctica se suma una de mayor peso político y jurídico y es que como lo han afirmado valiosos estudios nacionales¹⁰ y extranjeros,¹¹ las reglas de juego sobre los límites y competencias de la Jurisdicción Especial Indígena, no son asuntos

¹⁰ Cfr. Sánchez, Beatriz Eugenia. "La jurisprudencia indígena ante la Corte Constitucional", en *Observatorio de la Justicia Constitucional. Balance jurisprudencial de 1996*, Bogotá, Universidad de los Andes. Facultad de Derecho - Siglo del Hombre Editores, 1998, pp.352-353; Uprimy, Rodrigo. "La unidiversidad de los derechos humanos: conflictos entre derechos, conceptos de democracia e interpretación jurídica", en *Revista Pensamiento Jurídico*, No.9, Santafe de Bogotá, Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, 1998, pp.105-110.

¹¹ De Sousa Santos, Boaventura. *De la mano de alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*. Trad. de Consuelo Bernal y Mauricio García Villegas, Bogotá, Siglo del Hombre Editores - Universidad de los Andes, 1998, capítulo 10, pp.345-365; del mismo autor, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Trad. de César Rodríguez, Bogotá, ILSA- Universidad Nacional de Colombia, 1998, capítulo 3.5, pp.193-211.

para tratar adecuadamente en el escenario de los Tribunales, sino que son del resorte de la política y, por tanto, deben ser producto de un diálogo multicultural, de carácter horizontal, lo cual comporta proscribir todo vestigio de imperialismo cultural y epistémico, esto es, la convicción de que en él todos los partícipes tienen algo para aportar y mucho que aprender y la certeza de la incompletud del núcleo central de valores que se suscriben en cada una de las culturas.

Sentencia del 4 de febrero de 2000 de la Sala Penal del T.S. de Buga (MP. F. Tocora; salvamento de voto E. Varón)

Para resolver se considera

El punto que se relieva inicialmente en este caso, es el de la competencia, en virtud de la regulación del art. 246 de la Constitución Nacional que establece un fuero para las comunidades indígenas. El procesado, Evaristo Mestizo Musicué, es un indígena, nacido en Toribío (Cauca), residente en la vereda El Cedro (Resguardo de Huellas-Caloto) con su mujer y sus ocho hijos, donde tiene un pequeño terreno que cultiva con productos de pan-coger y de marihuana según su propia confesión. De allí salió, con la caja de marihuana que la policía le incautara el martes 17 de noviembre de 1.998, en inmediaciones de Buga.

Es claro que el constituyente de 1.991 se planteó la existencia de una diversidad étnica y cultural en el país (art. 7 de la C.P.), una realidad que poco había sido reconocida por nuestro ordenamiento jurídico; los códigos, desde los albores de la República, extrapolados de los países europeos, en los que no se contemplaban regulaciones específicas para grupos diversos étnica o culturalmente hablando, influían en la visión de los indígenas como seres inferiores, a los que incluso se categorizaba como "salvajes" o "bárbaros".

La racionalidad del discurso jurídico europeo impuso a sus colonias, una visión de superioridad del hombre blanco cristiano occidental. De allí en adelan-

te los demás seres humanos, eran inferiores, a quienes "piadosamente", ese hombre blanco los comprendía y equiparaba con "menores de edad". Hasta los juristas mejor intencionados, cayeron en la red del discurso, desarrollando una nosología de la imputabilidad relativa a los indígenas, como sujetos inimputables, reputándolos incapaces de comprender sus actos y de determinar su voluntad consecuentemente, debido a su condición cultural.

Catalogados como "salvajes" por diferentes leyes e interpretaciones jurisprudenciales, se les sometió a regímenes de misiones y a los convenios que se celebraron entre el gobierno y la autoridad eclesiástica oficial. Con ello la ley definió el mundo civilizado, al que los indígenas —si acaso— podrían irse reduciendo, pudiendo ser entonces "beneficiarios" de leyes especiales. Tal arrogancia lo era, a pesar de las cuestionadas muestras de una "civilización", en que los más irracionales actos de inhumanidad y de crueldad (guerras, discriminaciones, instituciones inominiosas de encierro, etc.) evi-

denciaban su falacia. Auswitch (sic) y Treblinka constituyen nombres lapidarios de esa civilización, los que no solamente se encuentran en la primera mitad del siglo que ha visto cerrarse su conteo con las irracionalidades cometidas en la antigua Yugoslavia, en el mismo corazón de Europa.

Sobre el particular, vale la pena referir la reciente polémica sobre la "barbarie" de la justicia indígena, en el caso de tutela que fuera ventilado por la Corte Constitucional (Sentencia T-523 de octubre 15 de 1997) a propósito de los castigos (sanciones corporales —fuste y cepo—, que la justicia indígena decidiera con relación a un miembro de su comunidad, por la comisión de un hecho punible). Resulta sorprendente, la jactancia implícita de los medios de comunicación, en los que se daba por sentado que aquel sistema penal constituía un atavismo con relación al nuestro, cuando la crueldad y la afrenta a la dignidad humana que se padece en nuestras cárceles, supera con creces las de aquella justicia consuetudinaria. La premisa comparativa de que nuestro sis-

tema penal corresponde a un modelo humanitario racional, en el que se ha superado desde hace dos siglos el estadio de los castigos corporales, no pasa de ser una ilusa creencia, pues nada más aflictivo para el cuerpo, y a la vez, para el espíritu, que este encierro violento, hacinado y pestilente de nuestras cárceles, ejecutando penas desproporcionales e inhumanas.

La Corte Constitucional, si bien no hizo una comparación entre las penas "civilizadas" de nuestro sistema penal, y las penas "bárbaras" de los indígenas, estatuyó que no era 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. Agregó la Corte que ello desconocía "... los mismos preceptos constitucionales que, al reconocer la autonomía jurisdiccional de los pueblos, la recuperación y posibilitan (sic), dentro del marco del Estado, la recuperación y reinterpretación de los símbolos y tradiciones culturales propias."

En el Código Penal de 1936, esa realidad plural de los indígenas, es completamente ignorada por el legislador, como si los indígenas hubieran acabado de ser exterminados. En el Código de 1980 también se soslaya esa realidad, salvo porque se sigue pensando en la categorización del indígena como un inimputable.

Con la creación de la Jurisdicción indígena, por parte de la Constitución de 1991, se reconoce esa plétorica realidad de las comunidades indígenas que después de 500 años de agresiones culturales, no han podido sin embargo, ser extinguidas.

Con esa reforma, se plantea la diversidad étnica y cultural, que los jueces deben tener presente, para poder impartir verdadera justicia. Cuando se desconoce esa diferencia, la premisa inicial de la aplicación de la ley, es falsa, y hará derivar la conclusión en una decisión inequitativa. Juzgar a diferentes, como iguales, es romper el principio de igualdad que la Constitución consagra en su preámbulo y en su artículo 13. La diferenciación de las comunidades indígenas,

como destinatarios de la ley, tiene como base la diferente realidad normativa en la cual se encuentran inmersos los indígenas, debiendo los jueces tener presente esos distintos referentes normativos para poder juzgar con equidad los comportamientos. Solamente se pueden desarrollar juicios sobre los comportamientos de las personas, dentro de los marcos normativos y de los contextos axiológicos correlativos, en que viven. Esa es la razón de fondo del artículo 246 de la Constitución Nacional, que implica no solamente una proclama del pluralismo, sino también de la alteridad, en la medida en que reconoce al otro, ese otro indígena, que vivía aquí siglos antes de la llegada de los conquistadores y colonizadores, quienes impusieron por la fuerza su ley y su credo; ese otro indígena, que tiene sus propios dioses y creencias, que tiene sus propias normas y valores, y que no puede ser arrollado por una cultura que se pretende el centro absoluto, por el hecho de haber terminado siendo mayoritaria y particularmente por creerse más "poderosa"...

La vinculación del destinatario de la ley, a su marco cultural, es algo que tiene que ver con el *Poder de motivación de la norma*, en el sentido de que ésta pueda ejercer un influjo real en el comportamiento de los asociados. La norma debe tener un cierto *Poder de configuración* de la realidad social, en la medida en que se constituya en factor participante en la orientación y decisión de las conductas. En este sentido, las normas sobre las cuales deba levantarse el juicio de reproche, deben ser aquellas que entornan culturalmente al autor, y no aquellas con las que ocasionalmente pueda entrar en contacto.

Es aquí donde corresponde valorar el factor personal, que en combinación con el geográfico, ha decantado la Corte Constitucional, como criterios para fijar la competencia de casos de transgresiones penales cometidas por indígenas. Y ello se ofrece problemático, en la medida en que el delito fue cometido en buena parte, al exterior del resguardo en el que habita el procesado y su familia. Pero lo que predomina es precisamente, el lugar donde

se forma y vive el procesado, que es el que lo marca y lo condiciona culturalmente.

Como improntas de esa cultura, uno aprecia el espíritu primitivo (en el mejor sentido de la expresión –como transparente–) de Evaristo Mestizo; en su indagatoria comienza con una frase tajante: "Yo soy ignorante y franco...", para enseguida confesar que siembra marihuana, porque los cultivos tradicionales para responder a una mujer y ocho (8) hijos que mantener, no alcanzan. Estamos ante un campesino analfabeta e ingenuo, que transporta un alijo de marihuana sin mayor malicia, al punto de que les basta a los gendarmes asomarse a la bodega del carro interceptado para ser abrumados por su olor; un campesino indígena que ha sido inducido como tantos, por "señores que van de aquí del Valle, pero nunca me dicen como se llaman..."; un campesino pobre colombiano, del más de medio millón que están dedicados al pequeño cultivo de plantas de las cuales se extraen sustancias prohibidas, que constituye el eslabón más débil de la cadena de la droga; un

campesino-indígena que cae en el delito, inducido por traficantes manipuladores, por la necesidad alegada y creíble de sustentar a su familia. Un campesino-indígena que no tuvo como pagarse un abogado para enfrentar este proceso, y que reclama que se le apliquen los castigos de su comunidad (fuate, cepo y trabajos forzados).

En consecuencia, esta Sala, considera que es a la jurisdicción indígena a quien corresponde juzgar el comportamiento del indígena Evaristo Mestizo Musicué, por ser oriundo y haber vivido siempre dentro de la comunidad indígena, lo que lo hace prácticamente extraño a la cultura dominante en el país. Aquel es el marco de referencia normativo en que el indígena ha desplegado su conducta; y por lo que tenga que ver con la cultura dominante, lo ha sido para valerse de él –del campesino indígena– como instrumento de un insaciable negocio que especula con la ansiedad humana y la confusión existencial de las frenéticas sociedades materialistas que precisamente constituyen esa sociedad dominante.

Se procederá en consecuencia a declarar la nulidad del presente proceso, por la incompetencia de los funcionarios que lo conocieron, y en su lugar se ordenará que sea remitido al Gobernador del Cabildo del Resguardo de Huellas-Caloto, para que lo traslade a las autoridades indígenas a quienes corresponda avocarlo, de acuerdo a las normas de esa comunidad. La nulidad se producirá desde la misma Resolución de Apertura de Instrucción, del 17 de noviembre de 1.988. El procesado quedará en libertad, una vez suscriba diligencia de compromiso de presentarse ante el señor Gobernador del Cabildo Indígena mencionado, al término de la distancia. Lo anterior teniendo en cuenta el tiempo transcurrido privado de la libertad, y además, porque las penas de su comunidad, suelen ser la de fueite, cepo, destierro y trabajos forzados.

Es por todo lo anterior, que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

Resuelve:

Declarar la nulidad de la actuación adelantada en el presente proceso, a partir de la Resolución que decreta la Apertura de Instrucción, inclusive, y en su lugar, ordenar la remisión del señor Evaristo Mestizo Musicué, ante el Gobernador del Cabildo Indígena del Resguardo de "Huellas" (Caloto-Cauca), para lo de su competencia.

Por la Secretaría de la Sala Penal, líbrese la correspondiente boleta de excarcelación, una vez suscrita diligencia compromisoria de presentarse ante el señor Gobernador del Cabildo Indígena, en el término de la distancia, para los efectos ulteriores a que hubiere lugar.

Salvamento de voto

Con todo respeto me permito apartarme de la decisión mayoritaria en el sentido de anular el proceso a fin de fijar la competencia en el resguardo indígena "Huellas de Caloto", porque en mi criterio al procesado Evaristo Mestizo Musicué, se le de-

bió someter al juzgamiento ordinario y, en consecuencia, confirmar el fallo condenatorio calificado el 27 de octubre del año inmediatamente anterior, objeto de alzada, proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de este Distrito Judicial.

Como bien se sabe, para que se le reconozca el fuero a un indígena como en el caso de autos, deben conjugarse dos elementos básicos, a saber: 1º) Elemento de carácter personal, con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y autoridades de la propia comunidad, como lo entendió la decisión de mayoría y 2º) Elemento de tipo Geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro del territorio de acuerdo con sus propias normas.

Cierto es que estamos frente a un tipo de indígena que pertenece al resguardo "Huellas de Caloto", el cual se encuentra inscrito en el censo indígena. Pero no lo es menos que es una persona culturizada, con capacidad de entender los valores de la con-

ducta mayoritaria de su entorno social, tan así es que basta mirar su injurada en donde respondió correctamente todas las preguntas que el instructor le formuló, pues, además, reconoció directamente sin reticencia alguna saber que comerciar con marihuana constituye delito en nuestra legislación, que sabe leer y escribir el idioma castellano aun cuando en forma rudimentaria, que se comunicó con un amigo de Pereira, con quien celebró el negocio de la hierba alucinógena, que se alejó de su comunidad para emprender rumbo a esa capital del Risaralda para llevar el producto ilícito, vale decir, que sabía a plena conciencia que lo que estaba cometiendo era una infracción sancionada por las normas ordinarias y que, sin embargo, se arriesgó a viajar con los resultados ya conocidos.

Así las cosas, Evaristo Mestizo Musicué, actuó como cualquier persona civilizada, y a pesar de pertenecer a un resguardo indígena, comprendía perfectamente qué clase de comportamiento realizaba y, por tanto, cuando se decidió a salir de su hábitat, llevando consigo la hier-

ba sicotrópica, era consciente de sus actos y al realizar esa conducta fuera de su jurisdicción y con conocimientos de su ilicitud, se comportó como una persona común y corriente, y éste es el argumento de fondo que en mi sentir me aparta de la decisión de mayoría, porque a él no se le debió reconocer el fuero especial de indígena, sino el tratamiento de imputable.

Basta recordar ahora que la H. Corte Constitucional, en Sentencia T-496 del 26 de septiembre de 1996, al examinar un caso similar al que nos ocupa, en donde no se reconoció el fuero indígena a una persona perteneciente a esa etnia y que fuera de su jurisdicción cometió un delito de homicidio, en aquella decisión sostuvo:

"El procedimiento de solución de conflictos entre unidad y autonomía debe atender a las circunstancias del caso concreto: la cultura involucrada, el grado de aislamiento de éste respecto de la cultura mayoritaria, la afectación de intereses o derechos individuales de miembros de la comunidad, etc. Corresponderá al

Juez aplicar criterios de equidad, para redimir el conflicto, teniendo en cuenta los parámetros constitucionales y jurisprudenciales establecidos al respecto".

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

"Sin embargo, esto no significa que siempre que esté involucrado un aborigen en una conducta reprochable, la jurisdicción indígena es competente para conocer del hecho. El fuero indígena tiene límites, que se concretarán dependiendo de las circunstancias de cada caso. Por ahora, debemos señalar, que en la noción del fuero indígena se conjugan dos elementos: uno de carácter personal... y uno de carácter geográfico... la distinción es importante, porque algunas ve-

ces, se atiende al fuero personal, o al fuero territorial, indistintamente, para determinar la competencia. Debe reiterarse, entonces, que la coordinación entre este tipo de fueros corresponde a las circunstancias particulares de cada caso".

En este orden de ideas, las autoridades nacionales pueden encontrarse ante un indígena que de manera accidental entró en relación con una persona de otra comunidad y por su particular cosmovisión, no le era dable entender que su conducta en otro ordenamiento es considerada reprochable; o, por el contrario, enfrentar un sujeto que por su especial relación con la comunidad mayoritaria conocía el carácter perjudicial del hecho, sancionado por el ordenamiento jurídico nacional. En el primer caso, el intérprete deberá devolver al individuo a su entorno cultural; en el segundo, la sanción en principio estará determinada por el sistema jurídico nacional" (Subrayado fuera del texto).

En el caso concreto de Mestizo Musicué, no puede darse una diferencia valorativa en ra-

zón a pertenecer a un resguardo indígena, porque allí también es ilícito el cultivo de plantas estupefacientes, sino porque, como ya se dejó dicho en precedencia, el inculpado ha tenido suficiente contacto con la vida externa predominante, por su interacción con los pobladores de gentes del Departamento del Cauca, constituidas por personas en cierta forma civilizadas, y por ende está al tanto de todos los medios que nos brinda la tecnología y la civilización, como el manejo del sistema telefónico, por lo que sabe comunicarse con otras personas que como su amigo de Pereira, han traficado con las plantas alucinógenas, lo cual es válido para deducir que tenía comprensión de los criterios axiológicos que rigen nuestra sociedad.

Es por todo lo anterior y con fundamento en el criterio jurisprudencial de la entidad suprema guardiana de la Constitución transcrita parcialmente, que el suscrito disiente en forma muy respetuosa de lo resuelto mayoritariamente en el sentido de re-