

La responsabilidad penal del indígena en Colombia. Entre el mundo real y un mundo posible

Juan Oberto SOTOMAYOR ACOSTA

«... Enciso, letra menuda y sílaba lenta, requiere a los indios que dejen estas tierras, pues no les pertenecen, y que si quieren quedarse a vivir aquí, paguen a Sus Altezas tributo de oro en señal de obediencia. El intérprete hace lo que puede.

»Los dos caciques escuchan, sentados, sin parpadear, al raro personaje que les anuncia que en caso de negativa o demora les hará la guerra, los convertirá en esclavos y también a sus mujeres y a sus hijos y como tales los venderá y dispondrá de ellos, y que las muertes y los daños de esa justa guerra no serán culpa de los españoles.

»Contestan los caciques, sin mirar a Enciso, que muy generoso con lo ajeno había sido el Santo Padre, que borracho debía estar cuando dispuso de lo que no era suyo, y que el rey de Castilla es un atrevido, porque viene a amenazar a quien no conoce.

»Entonces corre la sangre.

»En lo sucesivo, el largo discurso se leerá en plena noche, sin intérprete y a media legua de las aldeas que serán asaltadas por sorpresa. Los indígenas, dormidos, no escucharán las palabras que los declaran culpables de los crímenes cometidos contra ellos.»

*Río Sinú (1514)**

1. «¿QUIEN TOCÓ MI MUJER?»

En los departamentos del Guainía y el Vichada, en la orinoquia colombiana y sobre las riberas del río Inírida, vive la comunidad Puinave¹, compuesta por cerca de cuatro mil personas y en la que se presentó el siguiente caso que llegó hasta nuestros tribunales de justicia:

«En la noche muy oscura y descansando en hamacas cuatro hombres puinaves y Otilia una mujer, ella dice: 'Alguien me tocó. Serán diablos?, serán curripacos?, qué será?'. Uno de los cuatro hombres dice: 'O será Melicio?'. Toma una linterna y alumbró hacia la hamaca donde debe estar Melicio y él no está allí.

»Cuando clarea un poco porque 'la luna ya está arriba', bajan los pescadores indígenas para coger río abajo en sus potrillos. Allí se encuentran con el esposo de Otilia, Juan Vicente, a quien uno de ellos le cuenta lo sucedido. Juan Vicente refiriéndose a Melicio dice: 'Quién tocó mi mujer?'. Con la escopeta dispara dos tiros al aire. Al oír esto, Melicio dice: 'Voy a matar a Juan Vicente'.

»Al otro día hacia las 10 de la mañana aproximadamente llega Melicio donde Otilia con un pescado grande y plateado, recién pescado, lo extiende como regalo hacia ella y le dice: 'Haga comida para los dos'. Otilia le dice: «Usted mató mi marido». Sale a

contar que Juan Vicente debe estar muerto, que Melicio debió matar a su marido.

«Juan Vicente es encontrado muerto y Melicio está preso».²

Al ser interrogado sobre estos hechos, Melicio respondió: «Yo lo maté, no ve que era como blanco; él ya no era como puinave... Es que él no podía tirar dos tiros de escopeta».³

Este hecho, que mirado desde la cultura y el derecho dominantes cabría calificarlo como un «simple» crimen pasional, tiene una connotación totalmente diferente desde la cultura puinave. En efecto, la antropóloga Esther Sánchez al analizar el comportamiento de Melicio nos aclara que Juan Vicente ha avergonzado a Melicio al poner en evidencia que éste corteja a su mujer, lo cual constituye una «grave ruptura a las tradiciones puinaves donde no se exhibe lo privado e íntimo. Donde no se evidencia el secreto»⁴. Igualmente nos explica que «El asesinato de Juan Vicente es la forma de liquidar el blanqueamiento del indio, blanqueamiento que conlleva la nueva idea de que la mujer no puede ser cortejada y compartida estando casada. Estas son orientaciones de occidente, traídas por los evangélicos y por lo tanto, no puinaves.

«Juan Vicente era evangélico y había asumido a su mujer como propiedad, no como parte del grupo, dentro de un concepto de propiedad colectiva, opuesto al privado: mi mujer».⁵

* Galeano, págs. 70-71.

¹ Cf. Colombia-Ministerio de Gobierno, pág. 24 y Triana, págs. 13 y ss.

² Sánchez Botero, págs. 11-12.

³ Sánchez Botero, pág. 15.

⁴ Sánchez Botero, pág. 16.

⁵ Sánchez Botero, pág. 16. Según comenta Triana (pág. 117-118), a medida que entre la comunidad puinave «se

2. PLURALIDAD CULTURAL Y PLURALIDAD JURIDICA EN LA REALIDAD

El caso de Melicio el indígena puinave es una buena muestra de la existencia de diferentes órdenes culturales dentro de un mismo espacio geográfico, hasta el punto de constituir una *pluralidad cultural*⁶. En efecto, en eventos como éste es evidente la diferente visión del mundo y de las relaciones interpersonales existentes entre la cultura puinave —en cabeza de Melicio— y la cultura occidental dominante —en cabeza de Juan Vicente—.

Desde el punto de vista de la cultura dominante, esto es, desde nuestro «mundo real»⁷, se trata de un claro homicidio doloso, pues conforme a nuestra lógica no existe razón alguna que justifique el comportamiento de Melicio. No obstante, nuestro «mundo real» no es el único, dada la existencia de otros «mundos posibles»⁸, esto es, de otras maneras de interpretar unos mismos hechos y a partir de allí establecer qué es lo prohibido y lo permitido. En este sentido la situación vivida por Melicio está llena de símbolos y códigos que pasan desapercibidos para nosotros pero no para un puinave, es decir, que no existen desde el «mundo real» pero sí desde el «mundo posible». Tal es el caso, por ejemplo, de lo hecho por Melicio al extender el pescado y decir: «Haga comida para los dos»; y, en segundo término, del hecho de Juan Vicente preguntar «¿Quién tocó mi mujer?» y realizar luego dos tiros al aire.

Respecto de lo primero es evidente que Melicio simplemente le estaba proponiendo a Otilia formar pareja. Y como se explica en el ya mencionado concepto antropológico, un puinave que hace una acción como la que hizo Melicio de llevar el pescado de la forma como lo hizo «es porque tiene aseguradas las condiciones afectivas y materiales: ya ha cortejado y tiene respuesta positiva. Ya ha preparado casa nueva y ya ha 'matado' supuestamente con su futura pareja otras relaciones establecidas previamente»⁹. De ahí que Otilia, que conoce los símbolos, inmediatamente afirmó: «Usted mató a mi marido», sin que fuese necesaria ninguna otra palabra ni ningún otro acto de conocimiento para saber lo que había pasado.

En relación con lo segundo, esto es, con la expresión «¿Quién tocó mi mujer?» lanzada por Juan Vicente contra Melicio, ello, que para nuestro «mundo real» no son más que las —en el mejor de los casos «comprensibles»— palabras de un marido celoso, tienen un significado diferente desde el «mundo posible» de los Puinave: «Si Melicio no fuera un in-

dígena tradicional —nos explica Esther Sánchez—, no podría leer el código simbólico, no sería afectado en su honor, al ver exhibidos sus más íntimos sentimientos»¹⁰.

Ahora bien, por otro lado, la coexistencia de estos y otros sistemas de valores implica la subsistencia a su vez de diferentes órdenes normativos y, en consecuencia, de diversos sistemas de control social, constituyéndose así una situación de «pluralidad jurídica» en relación con la existencia simultánea, dentro de un mismo espacio, de diversos sistemas de regulación social y resolución de conflictos¹¹. Esto, por ejemplo, es lo que sucede con los usos y prácticas que constituyen lo que podría denominarse derecho consuetudinario indígena¹².

Las relaciones que pueden darse entre estos diferentes sistemas normativos pueden ser de muy diversa índole, mas lo cierto del caso es que en no pocas oportunidades será de evidente conflicto.

Este conflicto cultural y jurídico es especialmente evidente en el campo del control social, en relación con el cual pueden presentarse tres situaciones especialmente problemáticas:

- a) En primer lugar, se presenta el caso de conductas permitidas por el «derecho indígena» pero prohibidas por el derecho nacional positivo. Tal es el caso conocido por todos del cultivo y consumo de la hoja de coca entre los indígenas de la región andina. Pero también el de ciertas reacciones al ejercicio de la brujería, por ejemplo, las cuales son sancionadas por el derecho nacional pero admitidas como forma de «legítima defensa» personal o de «estado de necesidad» en el derecho consuetudinario de muchas comunidades indígenas¹³. Igual sucede con el caso de Melicio, pues si bien el asesinato en general no es permitido para los puinaves, «El asesinato de blanqueados o que dejan de ser indios para asumir posturas de otras sociedades, es la justificación a la defensa de su vida biológica y cultural. Ello representa un deber!»¹⁴.
- b) En segundo lugar, se da igualmente el caso de comportamientos prohibidos por el «derecho indígena» y permitidos por el derecho nacional positivo. Tal es la problemática, por ejemplo, de la brujería, la cual es sancionada en algunos eventos como actividad antisocial en numerosas comunidades indígenas, pero que generalmente no es reconocida (y su existencia ni siquiera admitida) en las legislaciones nacionales¹⁵.

afirma el evangelismo como doctrina blanca se ha impuesto el individualismo económico y social... Al tiempo que ha contribuido a la alteración de los patrones tradicionales de la economía y al reemplazo del conocimiento ancestral registrado en los mitos, cantos y bailes indígenas por la ideología protestante, reemplazo que facilitó el acelerado e irreversible proceso aculturativo que presenciamos en el presente».

⁶ Cf. Irigoyen Fajardo, págs. 1 y ss.

⁷ Cf. Sánchez Botero, págs. 13-17.

⁸ Cf. Sánchez Botero, págs. 13-17.

⁹ Sánchez Botero, pág. 18.

¹⁰ Sánchez Botero, pág. 17.

¹¹ Cf. Santos, págs. 63 y ss. También, Irigoyen Fajardo, pág. 1. Tal «pluralidad jurídica» es sin embargo desconocida por

la cultura jurídica dominante, pese a que la validez del «derecho indígena», por ejemplo, puede predicarse inclusive a partir de la teoría del derecho tradicional (cf. Correas, págs. 102-107).

¹² Cf. Stavenhagen, págs. 27-46

¹³ Cf. Stavenhagen, pág. 41 y Vélez Vélez, 1985, págs. 237-247.

¹⁴ Sánchez Botero, pág. 19.

¹⁵ Cf. Stavenhagen, pág. 41. Sobre este tema es muy diciente la directiva de la Organización Regional Embera Wounaan (ORE-WA) (pág. 13), en la que, si bien no se indica cuál es la sanción a imponer en los eventos de brujería, se señala no obstante que «Los maleficios: como sacar rastro sembrar el cabello y tomas de hierbas que hacen daño y veneno, lo mismo que el Jai malo, serán investigados y analizados por el Cabildo Mayor, Consejo

- c) Finalmente, en otros muchos casos se trata de *conductas prohibidas tanto por el «derecho indígena» como por el derecho nacional positivo, pero con distinta pena*. Por ejemplo, mientras el robo es castigado en el Código Penal Colombiano con pena de prisión de dos a ocho años (art. 350), en la comunidad Embera, por ejemplo, se regula de la siguiente manera, según una directiva de las autoridades de dicha comunidad:
- «De acuerdo a la investigación hay que hacer pagar o devolver lo robado.
 - «Castigo: de tres a cinco días de trabajo si el robo es sencillo.
 - «De diez-quince días de trabajo si el robo es grande.
 - «Si es por segunda vez se le aumenta el tiempo de trabajo.
 - «Se debe cobrar lo justo, no se puede abusar, no es a capricho del afectado...»¹⁶.

3. ETNOCENTRISMO Y MONISMO JURIDICO EN EL DERECHO PENAL: EL CONCEPTO TRADICIONAL DE IMPUTABILIDAD

Pese a la evidencia de este pluralismo cultural y jurídico en sociedades como las latinoamericanas y en la colombiana en particular, el discurso jurídico tradicional y más concretamente el *discurso jurídico penal* ha continuado, en el mejor de los casos, *repetiendo las mismas categorías surgidas de una realidad tan diferente como la europea*, cuando no es que sigue, en mayor o menor grado, *reproduciendo las concepciones racistas y etnocentristas del siglo pasado*, sobre la base de que el indígena pertenece a un estadio inferior de la civilización y que el derecho debe esforzarse por «elevarlo» a uno superior que opera como modelo, constituido por la cultura dominante y los valores jurídicos¹⁷.

En Colombia, por ejemplo, pese a que desde 1890 el indígena ha merecido un tratamiento legislativo especial, tal especialidad se ha intentado justificar a partir de planteamientos marcadamente etnocentristas y racistas. La *Ley 89 de 1890* establecía por ejemplo en su artículo 1 que «La legislación general de la República no regirá entre los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada por medio de Misiones. En consecuencia, el Gobierno, de acuerdo con la autoridad eclesiástica, determinará la ma-

nera como esas incipientes sociedades deban ser gobernadas».

Esta situación del indígena colombiano frente a la ley penal sólo vino a variar con la entrada en vigencia del nuevo *Código Penal en 1980*, pero no porque en él se reconozca la pluralidad cultural y étnica y del país, con su consecuente pluralidad jurídica. El cambio se produce es en el sentido de que si bien, a diferencia de lo sucedido hasta entonces, se parte de la base de que la ley penal es aplicable a todos los habitantes del territorio nacional (art. 13), sin embargo se recurre ahora al *concepto de inimputabilidad* para discriminar las «culturas menores»: el indígena nacional pasa a ser considerado un *inimputable por «inmadurez psicológica»*, pues, en palabras de uno de los miembros de la comisión redactora del Código Penal, el profesor Estrada Vélez, «No cabe duda alguna de que el individuo que ha nacido y vivido en un medio cultural y social primitivo y limitado, alejado de los bienes de la civilización, no posee un siquismo maduro, desarrollado, que le permita comprender en muchos casos los fenómenos que pueden suceder en un medio que contrasta violentamente con el suyo».¹⁸

A esta consideración del indígena como *inimputable* adhiere la gran mayoría de la doctrina colombiana actual, si bien algunos lo hacen con cierta «resignación» y prefiriendo hablar, antes que de *inmadurez psicológica*, de «*inmadurez cultural*»¹⁹. Sin embargo, como lo señalara en su momento Vélez Vélez, «No se puede forzar el término de 'inmadurez psicológica', propio de la psicología, hasta el punto de que llegue a convertirse en un problema cultural, ni mucho menos racial»²⁰. De ahí que *planteamientos como éstos, aunque llenos de buenas intenciones, siguen en mayor o menor grado asumiendo como válidos o verdaderos únicamente a aquellos valores sobre los que se asienta el sistema penal*, valores estos que a su vez son asumidos como generales y, finalmente, convertidos en lo absoluto y la asunción de los mismos en lo racional; de donde lo que no se ajusta a estos moldes y parámetros es luego individual o colectivamente patologizado o descalificado como «anormal», «irracional», «salvaje», «inmaduro», etc. En palabras de Zaffaroni, «La única razón que puede justificar semejante actitud es la de asumir la posición de conquistador y considerar que nuestra propia cultura es la superior y que las restantes deben desaparecer por inferiores, presentando también la condición de inferiores sus integrantes mientras la compartan»²¹.

de Justicia si no hay, por la Oficina de Justicia indígena de la OREWA».

¹⁶ OREWA, pág. 9. Sobre los castigos se dice en esta misma directiva (pp. 20-21): «Cuando hablamos de castigo, se hace para que los compañeros y compañeras no cojan vicio en buscar problemas y se corrijan.

«Se debe tomar como una forma de capacitar a la gente, por eso las autoridades deben dar consejos a los que se meten en problemas y orientarlos para que sigan viviendo tranquilos en las comunidades.

«Por eso los castigos se ponen en *trabajo*: en los que tenga la comunidad comunitariamente, limpiando colino, maíz, o arroz, animales o lo que tenga la comunidad. También haciendo limpieza del caserío».

¹⁷ Cf. Zaffaroni, 1986, pág. 55 y 1988b, págs. 131 y ss.

¹⁸ Estrada Vélez, pág. 256; igual posición en Giraldo Angel, págs. 22-23. Sobre la discusión en Colombia acerca de la res-

ponsabilidad penal del indígena, vid. Sanguino Madariaga, págs. 205 y ss.

¹⁹ Cf. Fernández Carrasquilla, pág. 247. En este mismo sentido, según Velásquez (pág. 516), por ejemplo, la inimputabilidad por «inmadurez psicológica» debe ser redefinida «como aquel desarrollo incompleto de la personalidad humana que puede ser producto tanto de una indebida maduración de la afectividad del agente atribuible a causas psicológicas, como circunstancias inherentes al contexto social y cultural en cual se desenvuelve el agente, lo cual le impide, en uno y otro caso, motivarse según los dictados de la norma. De esta manera se comprenden no sólo los eventos tradicionales de *inmadurez psicológica* sino de *inmadurez cultural* que tanta importancia tienen en sociedades pluriculturales en diversos estadios de desarrollo».

²⁰ Vélez Vélez, 1981, pág. 360.

²¹ Zaffaroni, 1988a, pág. 202.

Como bien se sabe, la existencia de este orden absoluto de valores o del consenso sobre los mismos y que el derecho penal supuestamente recoge, al igual que la existencia de una racionalidad, ha sido negada por las investigaciones realizadas en el campo de las ciencias sociales.

Hoy en día parece por lo menos poco serio considerar el delito como expresión de una actitud individual contraria a los valores y a las normas sociales generales. Por el contrario, se afirma y reconoce la existencia de valores y normas específicos de diversos grupos sociales que a través de mecanismos de interacción y de aprendizaje son interiorizados por los individuos pertenecientes a ellos, determinando así su comportamiento, en concurrencia muchas veces con los valores y normas institucionalizados del derecho o de la moral oficial²². En este sentido, la *indagación sociológica*, en contra de los presupuestos de los que parte el discurso jurídico-penal tradicional en la conceptualización de la imputabilidad, *ha demostrado* —según indica Baratta²³— que:

- a) En el seno de la sociedad moderna hay, en correspondencia con su estructura pluralista y conflictiva, junto a los valores y reglas sociales comunes, también valores y reglas específicos de grupos diversos o antagónicos.
- b) El derecho penal no refleja, en consecuencia, sólo reglas y valores aceptados unánimemente por la sociedad, sino que selecciona entre distintos valores y modelos alternativos, según los grupos sociales que en su elaboración (legislador) y en su aplicación (magistratura, policía, instituciones penitenciarias) tengan mayor peso.
- c) El sistema penal conoce no sólo valoraciones y normas conformes con las vigentes en la sociedad, sino también discordancias respecto de ellas; tal sistema acoge a veces valores presentes sólo en ciertos grupos o en ciertas áreas y negados por otros grupos y en otras áreas.

Todo lo cual viene a demostrar la *relatividad de todo sistema de valores y de reglas sociales* en una cierta fase de desarrollo de la estructura social, de las relaciones sociales de producción y del antagonismo entre grupos sociales, y por esto también la *relatividad del sistema de valores que son tutelados por las normas del derecho penal*. En la sociedad no existe un orden valorativo y cultural absoluto, sino diferentes ámbitos culturales, los cuales no sólo pueden coincidir o diferenciarse sino también rechazar el planteamiento valorativo hegemónico. De ahí el *carácter ideológico de los presupuestos de los que tradicionalmente han partido las doctrinas tradicionales en el estudio de la imputabilidad*²⁴ y de la responsabilidad penal del indígena²⁵, pues ni existe un orden racional y cultural absoluto ni una sola racio-

nalidad y, por lo mismo, tampoco sujetos incapaces de actuar o de motivarse conforme al valor²⁶.

Por lo anterior, *cuando la imputabilidad se plantea como un juicio sobre la capacidad existencial (de actuar libremente o de motivarse) del sujeto, su aspecto negativo, la inimputabilidad, se convierte en un juicio de descalificación, de invalidación del sujeto, convirtiéndolo en un ser inferior (incapaz) a merced de los superiores*, cuando lo cierto es que el hombre siempre es capaz de racionalidad, de comprensión y de actuar conforme a ella; sólo que su mundo de valores o de referencia puede no ser el mismo que el hegemónico. Así concebido, *el concepto de imputabilidad viene a funcionar como un sofisticado mecanismo de afirmación de unos valores y negación de otros, con lo cual el mecanismo de la imputabilidad no hace otra cosa que continuar en el ámbito punitivo un proceso de discriminación y estigmatización iniciado antes por otras instancias de socialización y del control social informal* y que tiene por base la asunción o no por parte del individuo de los roles, normas y valores que la sociedad capitalista impone.

Lo que en realidad está en juego, entonces, es la norma que establece cómo debemos comportarnos y hasta, por ejemplo, cómo y por qué debemos matar, que es precisamente lo que el «loco» y el indígena cuestionan; de ahí entonces la «necesidad», para salvar la norma, de estigmatizar y descalificar a quien se aparta de la misma. El sujeto se convierte así en «el otro», el «diferente», a quien hay que segregar para confirmar que no somos nosotros, los sanos, normales, buenos, civilizados, maduros y conformes ciudadanos, y para tutelar la carácter absoluto de los parámetros según los cuales se define el orden moral y público²⁷.

Como consecuencia lógica de esta situación, se produce entonces el distanciamiento entre los individuos «normales» y los «anormales» (o lo que es lo mismo, entre los «capaces» y los «incapaces», entre los «civilizados» y los «salvajes», entre los «maduros» y los «inmaduros»), que otorga a los primeros una posición de autoridad sobre la vida y destino de los segundos. Luego, *esas otras realidades posibles no son reconocidas por la norma dominante, por lo que, como le sucedió a Melicio, el problema aparece cuando nuestros jueces, con base en su conocimiento desde el mundo al que pertenecen y considerado por ellos el «mundo real», «creen evitable lo inevitable. No pueden examinar las realidades, otras realidades como parte de otro mundo real»*²⁸.

En definitiva, el concepto de inimputabilidad, entendido desde este punto de vista jurídico tradicional, viene desempeñado un importante papel ideológico, al operar como un mecanismo selectivo de los sujetos que actúan conforme a una racionalidad axiológica o de referencia diferente de la hegemónica²⁹.

²² Cf. Baratta, 1986, págs. 71 a 74 y Bustos Ramírez, 1982, págs. 90 a 95.

²³ Cf. Baratta, 1986, pág. 73.

²⁴ Cf. Sotomayor Acosta, 1989.

²⁵ Cf. Yrurera, págs. 43 y ss.

²⁶ Cf. Bustos Ramírez, 1982, págs. 87 y ss.

²⁷ Cf. Basaglia y Basaglia Ongaro, pág. 85.

²⁸ Sánchez Botero, pág. 15.

²⁹ Cf. Sandoval Huertas, págs. 39 a 42.

4. PLURALIDAD CULTURAL Y PLURALIDAD JURIDICA EN EL DERECHO PENAL: LA NECESIDAD DE UNA REDEFINICION DEMOCRATICA DEL CONCEPTO DE IMPUTABILIDAD A PARTIR DEL NUEVO MARCO CONSTITUCIONAL

4.1. El nuevo marco constitucional

Un verdadero cambio en el tratamiento jurídico del indígena en Colombia sólo se produce con la entrada en vigencia de la *Constitución de 1991*, la cual contó entre sus constituyentes con dos representantes del movimiento indígena, como consecuencia del proceso de paz que condujo a la desmovilización del grupo guerrillero «Quintín Lame», de origen indígena. En esta nueva Carta política expresamente se afirma que «El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana» (art. 7). De igual manera, en el artículo 10 se establece que las lenguas y dialectos de los grupos indígenas serán también considerados oficiales y por ende la enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe. Además, en el artículo 246 se señala de manera expresa que 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 éstos no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República.

Estos, entre otros artículos de la Constitución del 91, constituyen la carta de reconocimiento no sólo de la diversidad cultural existente en nuestro país, sino de la pluralidad jurídica a la que antes aludimos. En otras palabras, a partir de 1991 el derecho consuetudinario indígena es también derecho válido, lo cual constituye un elemento indispensable para la adecuada defensa de los derechos humanos de los pueblos indígenas³⁰ y para el logro de sus ancestrales reivindicaciones. En otras palabras, este «derecho constitucional indígena» se convierte un verdadero espacio desde el cual las comunidades indígenas pueden resistir, como ya se venía haciendo con el limitado ámbito que permitía la legislación anterior³¹.

4.2. La inculpabilidad del indígena por «error de comprensión culturalmente condicionado»

Este nuevo marco constitucional le impone al derecho penal el reto de repensar el problema de la responsabilidad penal del indígena «desde la Democracia» y sus correspondientes exigencias de respeto y protección de la diversidad, el pluralismo y los derechos humanos. Como un importante avance en esta dirección en el derecho penal latinoamericano debe reseñarse la propuesta de Zaffaroni en

el sentido de *considerar inculpable al indígena que no puede internalizar la norma prohibitiva por razones culturales, evento que el profesor argentino denomina «error de comprensión culturalmente condicionado»*³².

Esta posición, a la que han adherido otros autores con posterioridad³³ y que en alguna medida coincide también con la expuesta en España por Muñoz Conde³⁴, constituye sin duda un importante avance comparada con la tesis de la «inmadurez psicológica o cultural» del indígena. Sin embargo, creemos que se trata de una tesis con alcances bastante limitados en países como Colombia, pues en última instancia, entre las distintas formas que puede presentar el conflicto entre el derecho positivo estatal y el derecho consuetudinario indígena a las que aludimos con anterioridad, sólo resuelve los casos de comportamientos prohibidos por el primero mas no por el segundo. Quiere ello decir que si bien bajo esta tesis quizá Melicio pudiera ser absuelto, bajo esta misma perspectiva un indígena emberá-catio que cometa un hurto deberá ser sancionado con la pena de prisión de dos a ocho años que prevé nuestro Código Penal y no con la de tres a cinco días de trabajo que recomienda la autoridad indígena.

No se solucionan satisfactoriamente los supuestos en los cuales el mismo comportamiento es sancionado, aunque de manera diferente, por el derecho indígena y por el derecho estatal, ya que en este supuesto no podría afirmarse la existencia de ningún «error de prohibición» o de «comprensión culturalmente condicionada». Con ello de nuevo se desconoce la validez del derecho indígena y el pluralismo jurídico que nuestra Constitución Política reconoce, pues en casos de conflicto siempre prevalecerá el derecho estatal, lo cual tiende a convertir el derecho indígena en un derecho de carácter dependiente y subsidiario: dependiente, por cuanto sólo se entenderá válido mientras no contradiga el derecho estatal; y subsidiario, por cuanto sólo será aplicable cuando no rija el derecho positivo estatal, *posibilitándose de esta manera, paradójicamente, una ampliación, antes que una contracción, del control social sobre lo indígena, que se verá sometido tanto al poder «local» como «nacional»*.

Esta tesis tiene el inconveniente adicional de *considerar el proceso penal ordinario como el escenario obligatorio de un difícil y poco probable —en el marco de un proceso penal— encuentro entre este «mundo real» y aquel «mundo posible»*.

4.3. La revisión del concepto de imputabilidad

Por lo anterior creemos necesario profundizar y desarrollar la perspectiva constitucional, lo cual, en nuestra opinión, pasa por una *revisión y redefinición del concepto de imputabilidad, camino este ya iniciado en América Latina por el profesor Bustos Ramírez*³⁵.

Para ello debemos comenzar afirmando que tra-

³⁰ Cf. Stavenhagen, pag. 43.

³¹ Cf. Triana Antorvenza, págs. 293-295.

³² Cf. Zaffaroni, 1988a, págs. 199-206.

³³ Es este el caso de Irureta (págs. 127-33) en Venezuela y en Colombia de Benítez Naranjo (1988, págs. 172 y ss).

³⁴ Cf. Muñoz Conde, 1988, pag 76

³⁵ Cf. Bustos Ramírez, 1982.

dicionalmente el juicio de responsabilidad (o culpabilidad) del individuo por el acto cometido, se ha hecho desde el punto de vista abstracto y general del libre albedrío. No obstante, tal concepción de la culpabilidad es la que precisamente ha conducido al tratamiento del sujeto catalogado como inimputable como incapaz, convirtiéndolo en objeto de tutela y negándole su calidad de sujeto de derechos³⁶. Creemos, por el contrario, que lo que se persigue con el juicio de responsabilidad no es «reprocharle» al sujeto el haber actuado típica y antijurídicamente pudiendo no hacerlo, si no saber *qué tanto le era exigible a ese individuo una respuesta diferente frente a las tareas concretas que le impone el sistema* y ello, como explica Bustos Ramírez, significa entender, en primer lugar, que *responsabilidad es exigibilidad*, es decir, «lo que puede exigir el sistema de una persona frente a una situación concreta»³⁷; y, en segundo término, que la esencia de tal juicio la constituye lo exigible a un sujeto concreto en una situación concreta, lo que supone que el sistema haya proporcionado los presupuestos necesarios para que la persona tuviera a su alcance la respuesta exigida por dicho sistema, «pues para exigir, es necesario que se haya otorgado las correspondientes condiciones para tal exigencia»³⁸.

Es en este punto donde la necesidad de diferenciación inherente al principio de igualdad entra a jugar un papel de vital importancia, pues si bien desde el punto de vista formal de la igualdad ante la ley el Estado podría exigir a todos los ciudadanos las mismas respuestas, ello iría en contra de los presupuestos mismos del Estado social de Derecho, pues llevaría a desconocer las desigualdades materiales existentes en la sociedad. De ahí que el Estado mismo reconozca que por su situación económica, social, física, mental o de otra índole, algunas personas se encuentran en una situación de debilidad manifiesta y por ello establece el deber de otorgarles un tratamiento especial (art. 13 de la Const.).

Mirado en los términos del juicio de responsabilidad penal lo anterior significa que *frente a tales personas en situación de desigualdad el Estado reconoce la imposibilidad de exigirles determinadas respuestas o por lo menos de hacerlo en el mismo grado que a los demás, dada la ausencia o disminución, por diferentes motivos, de sus posibilidades de participación en el sistema social y por consiguiente de las condiciones materiales para tal exigencia.* Así concebida, la responsabilidad constituye entonces, en primer lugar, un *problema de valoración y por ende político-criminal*³⁹, vinculado necesariamente al nivel de desarrollo democrático de una sociedad determinada, pues un mayor desarrollo democrático debe corresponderse con una mayor particularización de las necesidades y, por lo mismo, con la búsqueda de soluciones cualitativa y cuantitativamente diferentes a la pena para solucionarlas. Por ello *los factores excluyentes de la exigibilidad y los que generan inimputabilidad penal, encierran una definición política, luego son siempre políticamente revisables*

y ampliables, pues, como ha dicho Muñoz Conde, «Es la sociedad, o mejor la correlación de fuerzas sociales existentes en un momento histórico determinado, la que define los límites de lo culpable y de lo inculpable, de la libertad y de la no libertad»⁴⁰.

Desde este marco político criminal la *inimputabilidad* debe entenderse más bien como *la fórmula utilizada por el Estado para reconocer, a efectos penales y con carácter general, la situación de desigualdad en la que se encuentran ciertas personas frente a las exigencias del sistema penal, bien —en la actualidad— en razón de su edad (art. 165 del C. del M.), de su salud mental (art. 31 del C.P.) o de su pertenencia a un ámbito socio-cultural diferente, como sucede con el indígena.*

Ahora bien, en razón de que en nuestro ordenamiento jurídico actual la inimputabilidad, por minoría de edad, trastorno mental, inmadurez psicológica o calidad de indígena, *no implica necesariamente exclusión de la sanción* y por tanto tampoco de la responsabilidad penal general, debe concluirse que la inimputabilidad *no se fundamenta en la inexigibilidad sino en una menor exigibilidad de respuesta del sujeto en razón de su situación de desigualdad manifiesta.* Luego, *la diferencia entre imputabilidad e inimputabilidad es sólo cuantitativa*, es decir, de nivel o grado de responsabilidad.

Por lo anterior, el juicio de responsabilidad particular del sujeto frente al injusto cometido encierra dos valoraciones diferentes:

- a) En primer lugar, el *juicio de imputabilidad*, mediante el cual se determina objetivamente el nivel o grado de responsabilidad a partir del cual se enjuiciará al sujeto; vale decir, a menor posibilidad de participación legalmente reconocida (menor de edad, indígena, trastornado mental o inmaduro psicológico), menor exigibilidad (ámbito de la inimputabilidad) y a condiciones normales de participación, plena exigibilidad (ámbito de la imputabilidad). *La imputabilidad es entonces el primer elemento a considerar en el juicio de responsabilidad y, por lo visto, cumple la función de fijar el ámbito de responsabilidad; de ahí que la inimputabilidad excluya la pena criminal mas no necesariamente la responsabilidad penal*, pues de todas maneras el inimputable puede verse sometido a otra clase de sanciones (las medidas para inimputables por trastorno mental o inmadurez psicológica prevista en el art. 93 del CP, medidas para menores previstas en el art. 204 del Código del Menor, sanciones del derecho consuetudinario indígena, etc.), *diferentes a la pena pero en toda caso sanciones penales, en cuanto intervención coactiva sobre los derechos del sujeto como consecuencia de la realización de un delito.*
- b) Para proceder a la imposición de una sanción, tanto en el ámbito de la imputabilidad como de la inimputabilidad, es necesario llevar a

³⁶ Cf. Bustos Ramírez, 1982, págs. 87 y ss.; y Sotomayor Acosta, págs. 95 y ss.

³⁷ Bustos Ramírez, 1989, pág. 327.

³⁸ Bustos Ramírez, 1992, pág. 163.

³⁹ Cf. Bustos Ramírez, 1989, págs. 323-328.

⁴⁰ Muñoz Conde, 1980, pág. 51.

cabo una *segunda valoración*, con el fin de determinar, de conformidad con el ámbito de responsabilidad a que ha sido asignado el sujeto (imputabilidad o inimputabilidad), si éste debe responder por el hecho delictivo realizado, atendidas las circunstancias particulares de su comportamiento.

A diferencia del nivel anterior, en el que se trata sólo de asignar formalmente al sujeto a un determinado ámbito de exigibilidad y por tanto de responsabilidad conforme a la valoración previa llevada a cabo por el legislador al consagrar en la ley los factores que originan la inimputabilidad, en este segundo nivel se trata de un juicio concreto sobre el sujeto concreto, con miras a establecer si como imputable o como inimputable, según el caso, le era exigible la respuesta esperada de él (aspecto éste también graduable, por supuesto). Ya no se trata de si el sujeto debe responder como menor, como adulto o como indígena, pues tal cosa se ha definido previamente en el primer nivel, si no de si a este menor, indígena o trastornado mental o aquel adulto imputable le era exigible en la situación concreta en que actuó, una respuesta diferente. Y en el caso del indígena, por ejemplo, tal juicio sólo será posible a partir de las exigencias propias del derecho indígena.

Es en este segundo nivel del juicio de responsabilidad donde entran en juego las causales de inexigibilidad (estado de necesidad exculpante, miedo insuperable, insuperable coacción ajena, inexigibilidad de la conciencia de la ilicitud del hecho, etc.), las cuales cumplen idéntica función en los distintos niveles o ámbitos de responsabilidad, cual es la de excluir la responsabilidad frente al hecho y por tanto la respectiva sanción.

En este orden de ideas, es cierto que algunas de las causales de inexigibilidad requieren un tratamiento y estudio específico —con miras a establecer sus contenidos y alcances— en el ámbito de la inimputabilidad, pues hasta el momento se han tenido en cuenta sólo desde la perspectiva del sujeto imputable, desconociendo que cada ámbito tiene su propia especificidad. Mas, en todo caso, la ausencia de tal desarrollo del tema no puede llevar a sostener, como ha sucedido en gran parte hasta ahora, que tales causales de exclusión de la responsabilidad no rigen para los sujetos declarados como inimputables; por el contrario, en razón del principio constitucional de igualdad de protección y de trato, a éstos deberá excluirse la responsabilidad por lo menos en los mismos eventos en que al imputable se le excluya, pues si a quien más se le exige no responde penalmente en tales supuestos, con mayor razón tampoco debe responder quien está sujeto a un menor grado de exigencia.

En conclusión, la imposición de una sanción penal presupone no sólo la comisión de un delito (injusto), sino también la responsabilidad del sujeto por el hecho realizado. La determinación de dicha responsabilidad, a su vez, exige distinguir dos ámbitos: el de los imputables, cuya responsabilidad originará la imposición de una pena, y el de los inimputables, cuya responsabilidad dará lugar, cuando fuere necesaria, a la aplicación de una sanción diferente a la pena.

Que la responsabilidad penal del imputable se siga denominando culpabilidad es algo irrelevante en el fondo, aunque quizás convenga mantener para este ámbito tal expresión, pues el mayor contenido de desaprobación de la misma da buena cuenta de las diferencias de grado existentes entre la responsabilidad del imputable y la del inimputable. Con tal que quede claro, eso sí, que la inimputabilidad excluye la culpabilidad mas no necesariamente la responsabilidad y por ende tampoco las garantías del individuo frente al poder penal.

Lo anterior significa, en definitiva, que cuando un indígena realiza un hecho previsto como delito por el derecho estatal, deberá ser considerado inimputable por su calidad de indígena, lo cual automáticamente le otorga el derecho a ser juzgado conforme al derecho indígena (que deberá ser entendido como un «derecho penal especial»). Mas, en todo caso, las sanciones que se puedan imponer con base en el derecho indígena en ningún caso podrán ser más afflictivas que la pena, pues si bien es cierto que la imputabilidad marca el tope de máxima exigibilidad, también lo es que al mismo tiempo marca el tope mínimo de garantías; por ello la inimputabilidad, como ya se dijo, implica necesariamente mayores garantías del individuo. Significa ello que del concepto de inimputabilidad mismo se derivan limitaciones al derecho penal especial que se pueda generar a partir de dicha declaración, inclusive aunque ello pueda entrar en contradicciones sustanciales con el derecho consuetudinario indígena, pues, al fin de cuentas, también dicho derecho deberá ser adaptado a la Constitución, dado que ésta rige tanto para indígenas como para no indígenas.

Lo anterior por supuesto no resuelve todos los problemas que pueden presentarse de la coexistencia del derecho estatal y del derecho indígena, pero sí puede constituir una vía posible para ir allanado el camino hacia la conservación de la «diversidad en la unidad», es decir, hacia la Democracia.

Quiero decir, retomando el caso de Melicio, que él no puede ser legítimamente juzgado por un juez penal ordinario, pues desde el punto de vista del Código Penal debe ser considerado inimputable dada su calidad de indígena, no porque se considere «inmaduro» o «incapaz» sino porque el hecho de pertenecer a una cultura diferente lo coloca en una situación de desigualdad frente a las exigencias del orden jurídico dominante. Por lo tanto, debe ser juzgado por la comunidad puinave... al fin y al cabo sólo ella está en capacidad de decidir si es responsable o no.

BIBLIOGRAFIA

- Baratta, Alessandro (1986): *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo XXI.
- Benítez Naranjo, Hernán Darío (1988): *Tratamiento jurídico-penal del indígena colombiano: ¿inimputabilidad o inculpabilidad?*, Bogotá, Temis.
- Bustos Ramírez, Juan (1982): «La imputabilidad en un Estado de Derecho», en J. Bustos Ramírez: *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Bogotá.
- Bustos Ramírez, Juan (1989): *Manual de derecho*

- penal, parte general*, 3.ª edición, Barcelona, Ariel.
- Bustos Ramírez, Juan (1992): «Perspectivas y desafíos de la política criminal en Latinoamérica», en *Nuevo Foro Penal*, núm. 56, Bogotá, Temis.
- Colombia-Ministerio de Gobierno (1982): *Colombia indígena*, Bogotá, Ministerio de Gobierno.
- Correas, Oscar (1994): «El derecho indígena frente a la cultura jurídica dominante de los jueces», en *Jueces para la Democracia*, núm. 22, Madrid.
- Estrada Vélez, Federico (1986): *Derecho penal, parte general*, Bogotá, Temis.
- Fernández Carrasquilla, Juan (1989): *Derecho penal fundamental*, vol. II, Bogotá, Temis.
- Galeano, Eduardo (1982): *Memoria del fuego. (I) Los nacimientos*, México, Siglo XXI.
- Giraldo Angel, Jaime (1982): «Inimputabilidad penal e inmadurez psicológica», en *Derecho Penal y Criminología*, núm. 16, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Irigoyen Fajardo, Raquel Z. (1995): «Itinerario de un proceso de investigación-acción en el área etnias: Hacia la construcción de un modelo democrático-pluralista (Perú, Países Andinos)». Ponencia presentada durante el XX Encuentro Latinoamericano de Criminología, Maracaibo, Universidad del Zulia, Mimeo.
- Muñoz Conde, Francisco (1980): «Culpabilidad y prevención en derecho penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 12, Madrid.
- Muñoz Conde, Francisco (1988): «La creencia errónea de estar obrando lícitamente», en *Derecho Penal y Criminología*, núm. 34, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Organización Regional Embera Wounaan (OREWA) (1996): *Programa de justicia indígena. Boletín para autoridades indígenas y cabildos locales en el Departamento del Chocó*, Quibdó, Febrero de 1996, Mimeo.
- Reyes Echandía, Alfonso (1984): *La inimputabilidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Sánchez Botero, Esther (1992): «Melicio Cayapú Dagua (Está preso mi sargento). Estado de normas, Estado de rupturas», en E. Sánchez B. (Comp.): *Antropología jurídica. Normas formales: costumbres legales en Colombia*. Bogotá, Sociedad Antropológica de Colombia, Comité Interna-
- cional para el Desarrollo de los Pueblos y VI Congreso Nacional de Antropología.
- Sandoval Huertas, Emiro (1985): *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá.
- Sanguino Madariaga, Ailrio (1990): «El indígena ante el derecho penal (testimonio de una afrenta socio-cultural)», en *Estudios de Derecho*, núms. 115-116, Medellín, Universidad de Antioquia.
- Santos, Boaventura de Sousa (1991): *Estado, derecho y luchas sociales*, Bogotá, ILSA.
- Sotomayor Acosta, Juan Oberto (1989): *Inimputabilidad y sistema penal*. Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca.
- Stavenhagen, Rodolfo (1990): «Derecho consuetudinario indígena en América Latina», en R. Stavenhagen y D. Iturralde (Comp.): *Entre la ley y la costumbre (el derecho consuetudinario indígena en América Latina)*, México, Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Triana Antorvenza, Adolfo (1990): «El Estado y el derecho frente a los indígenas», en R. Stavenhagen y D. Iturralde (Comp.): *Entre la ley y la costumbre (el derecho consuetudinario indígena en América Latina)*, México, Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Triana, Gloria (1985): *Los Puinaves del Inirida. Formas de subsistencia y mecanismos de adaptación*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.
- Velásquez, Fernando (1995): *Derecho penal, parte general*, 2.ª edición, Bogotá, Temis.
- Vélez Vélez, Luis Fernando (1981): «El problema de la inimputabilidad de los indígenas en el Nuevo Código Penal», en *Nuevo Foro Penal*, núm. 11, Bogotá, Temis.
- Vélez Vélez, Luis Fernando (1985): «Causales culturales de justificación», en *Nuevo Foro Penal*, núm. 28, Bogotá, Temis.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (coord.) (1986): *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (Informe final)*, Buenos Aires, Depalma.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (1988a): *Tratado de derecho penal, parte general*, Tomo IV, Buenos Aires, Ediar.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (1988b): *Criminología (aproximación desde un margen)*, Bogotá, Temis.