

CONSTITUCIONALIDAD, ININPUTABILIDAD E INCULPABILIDAD¹

CARLOS VLADIMIR ZAMBRANO
Profesor
Universidad Nacional de Colombia

“¿...en un Estado multicultural, que reconoce y promueve la diversidad, es legítimo exigir de los indígenas o de los miembros de grupos culturales diversos, que desplieguen un extremo deber de diligencia, a fin de familiarizarse con los valores culturales dominantes y con los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento penal nacional?. A mí juicio la respuesta al anterior interrogante es negativa pues si, conforme a la Carta, todas las culturas que conviven en el país son igualmente dignas, y el Estado reconoce y promueve la diversidad cultural (CP arts. 7°, 8° y 70), entonces resulta desproporcionado obligar a los miembros de los grupos culturalmente minoritarios a tener todo el cuidado en familiarizarse con los valores culturales dominantes. Admitir que se puede imponer esa exigencia equivale a admitir una forma de criminalización de la diversidad cultural, lo cual es incompatible con el reconocimiento de la igualdad entre las culturas (CP art. 70).” (Eduardo Montealegre, Salvamento de Voto, Sentencia C-370/02).

¹ Este trabajo es producto de la investigación “jurisprudencia y cultura. Los derechos de la diversidad cultural en Colombia”, auspiciada por la Dirección Nacional de Investigaciones de la Universidad Nacional de Colombia. Ha sido publicado en el libro *Interculturalidad*. Corporación Humanizar. Bogotá, 2004. Se remite a solicitud de la coordinación del evento sin fines de distribución.

Resumen

El siguiente trabajo se basa en el expediente D-3751 el cual fue resuelto en la Sentencia C-370/02 de la Corte Constitucional de Colombia. Se discute la inimputabilidad por diversidad sociocultural, el reconocimiento de la Jurisdicción Especial Indígena, y, la coordinación con una autoridad de la cultura a la que pertenezca el infractor, y, se hablará de la necesidad o no de incorporar la inculpabilidad de las personas diversas socioculturalmente por "error de comprensión culturalmente condicionado" siempre y cuando se den las causales de exclusión de responsabilidad las cuales exigen que el error de prohibición sea invencible. El argumento apunta a evitar la virtual criminalización de la diversidad cultural, por lo que es necesario evitar los peligros que supone una concepción de la diversidad sociocultural como un crimen que mediante *a priori* sindique como culpable a una cultura y a los portadores de ella.

Abstract

The following work is based on the expedient D-3751, as acted in the Sentence C-370/02 from the Corte Constitucional de Colombia (Constitutional Court of Colombia). Inimputability due to sociocultural diversity, acknowledgment of the Indigenous Special Jurisdiction and Coordination through an authority from the culture to wich the infractor belongs to are discussed. It will also be discussed either the necessity or not of incorporating the acquittal of socioculturally diverse persons due to a "mistake in the culturally conditioned understanding", as long as the exclusion causes of responsibility be met, which demand that the banned error be invincible. The argument aims to avoid the virtual incrimination to the cultural diversity, in reason to avoid the foreseeable dangers of conceiving the sociocultural diversity as a crime that conveys to an *a priori* accusation, to a culture and its bearers as culprits.

Palabras claves

Inimputabilidad, diversidad sociocultural, reconocimiento, Jurisdicción Especial Indígena, Coordinación.

Key woords

Inimputability, Sociocultural diversity, Acknowledgment, Indigenous Special Jurisdiction, Coordination

INTRODUCCIÓN

La Constitución pone en evidencia dos cosas: una, todos los colombianos son diversos étnica y culturalmente; dos, poseer una diferencia sociocultural no es un delito y no puede, desde ningún punto de vista jurídico, psicológico social, antropológico, politológico, etc., ser criminalizada. De adoptarse jurídicamente el concepto enunciado en el párrafo precedente o cualesquiera otra decisión que, a su buen juicio, considere pertinente el Juez Constitucional deberá tener presente, para ser concordante con nuestra carta política del 91 y con nuestra realidad cultural nacional, que: nuestro país es estructuralmente diverso "étnica y culturalmente"²; la estructura configura nuestra realidad poblacional como multicultural y pluriétnica. Al reconocerse dicha realidad como componente de la nación y como valor de la nacionalidad colombiana, en los artículos 7º y 70 párrafo segundo parcial, de la Constitución Política de Colombia de 1991, CPC-91³, se entiende que **todos** los colombianos, sin discriminación alguna, son diversos socioculturalmente y **algunos** - como los guambianos, paeces, wayúu, gitanos, sanandresanos, etc.. genéricamente denominados indígenas (los tres primeros), minoría étnica (gitanos) y raizales (sanandresanos)- son diversos étnicamente lo cual, obviamente, compromete también la diversidad cultural; ellos además de ser diversos étnicamente, lo son culturalmente.

Todos los miembros de la nación, colectiva o individualmente, tienen derecho a ser protegidos y sus culturas a tener igualdad y dignidad respecto de cualquiera de las demás que existan en el territorio nacional. En consecuencia, todo ciudadano o persona que se moviliza, individual o colectivamente, fuera del ámbito cultural propio (*vr. gr.* barrio, pueblo, ciudad, región, etnia), lleva consigo formas culturales diferenciadas: tradiciones, hábitos, creencias, comportamientos y formas de relacionarse con otros, de las cuales es imposible desprenderse por el simple hecho de salir de su entorno cultural, las cuales no pueden ser consideradas virtualmente

² "Étnica y culturalmente" (Artículo 7, CPC-91) es una conjunción de dos realidades conceptualmente complementarias, pero diferenciadas. Todo lo étnico es cultural, pero no todo lo cultural es necesariamente étnico. De ahí que proceda la distinción entre multicultural y pluriétnico, siendo lo pluriétnico un componente de lo multicultural. (N del A)

³ "El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana." (Artículo 7, CPC-91). "...La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país..." (Artículo 70, CPC-91)

criminales, ni de potestad de unos solamente. Los únicos enseres que siempre llevamos en un viaje son nuestras formas culturales, conscientes e inconscientes.

Muchas veces no los tenemos en cuenta porque constituyen la única maleta del equipaje que no requiere de preparación; la valija cultural siempre está lista y dispuesta a ser trasladada. La inevitabilidad de los rasgos culturales, estructurales a la vida de un individuo, no hace criminales a las personas, pero si las pone ante un riesgo -igualmente inevitable- de cometer errores culturales por ello. La comisión de tales errores se produce porque existe una dimensión de las relaciones sociales, la interculturalidad, que es una relación consecuente con los intercambios culturales que toda sociedad o individuo genera. Hay errores porque hay interculturalidad y, la fatalidad cultural, indica que nunca se dejarán de producir, pues el ser humano es un ser fundamentalmente social y cultural, a todo le asigna un significado y se relaciona éticamente con otros a través de ellos.

Todas las culturas y todas las sociedades tienen el hábito de intercambiar alimentos. Ofrecer comidas, ceremoniales o no, es algo que cualquier colombiano reconoce como una práctica habitual, sea indígena wayúu, nukak, chamí, guambiano, yanacona, etc.; negro de Patía, Timbiquí, Quibdó o Tumaco, etc.; gitano; bogotano, pastuso, llanero, costeño, etc.; o, inmigrante de otros países o emigrante nacional. Lo mismo se puede decir respecto de cualquier región en cualquier país del mundo. En la mayor parte de las culturas, colombianas o mundiales, son las mujeres, quienes en calidad de anfitrionas, las que predominantemente ofrecen la comida a los comensales. Pero si un H. Magistrado, por ejemplo, se desplaza a las selvas del Guaviare, por unos días, para estar entre los nukak-makú, si llegará a recibir comida de una mujer nukak, el sólo hecho de aceptar la vianda le puede acarrear un compromiso matrimonial. La misma acción "dar-recibir comida" tiene significaciones diferentes, para la mujer y el magistrado del ejemplo. Esa es la diferencia cultural y el indicio que uno y otra son diversos socioculturalmente. Si el magistrado contrae, sin darse cuenta, matrimonio al modo nukak, y se resiste a aceptar su compromiso legalizado consuetudinariamente por la acción de "recibir comida", la gravedad de la pena nukak puede acarrearle sanciones muy complejas, que pueden comprometer, incluso su vida. ¿Cometió delito el magistrado?, ¿quién protege al magistrado por su diversidad sociocultural?, ¿qué efectos puede tener tal situación en la persona de la mujer nukak?, ¿es inimputable el magistrado o inculpable? Este ejemplo, que es tomado de una experiencia real de campo, es útil para demostrar el doble hecho fundamental: La Corte debe considerar la posibilidad abrir espacio para que el país entienda de una vez por todas que todos los colombianos son diversos socioculturalmente y tienen derechos fundamentales a que en un caso fortuito por diversidad sociocultural se les proteja; y que por ser diversos

socioculturalmente no son *a priori* culpables y delincuentes. Se puede no tener responsabilidad por diversidad sociocultural en esos asuntos, por tanto, ser inculpable. Y, el deber del Estado pluralista como el colombiano, es proteger a sus miembros.

INCULPABILIDAD

La inculpabilidad compromete la necesidad de comprender que un eventual acto antijurídico por diversidad sociocultural se produce porque una colectividad o una persona, cualesquiera sean su procedencia por origen, religión, sexo, raza, etnia, lo cometen fuera de su entorno cultural propio. Tanto la inculpabilidad como la inimputabilidad por diversidad sociocultural requieren, a mi entender, una coordinación dentro del sistema jurídico nacional y no una regulación adicional. Al ser un derecho fundamental de todos los colombianos el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural, cualquier colombiano que considere que su diversidad sociocultural ha sido vulnerada, puede tramitarla mediante una Acción de Tutela. Respecto de la inculpabilidad es el juez competente, vale decir, el de la jurisdicción donde se produce el supuesto ilícito, quien siguiendo el debido proceso y mediante solicitud de la autoridad jurisdiccional o de la peritación antropológica, debe producir el fallo por no-responsabilidad, inculpando a la persona. Al quedar fallado el caso por inculpabilidad, el sujeto de la diversidad sociocultural puede seguir haciendo uso de la libertad constitucional de circulación en el territorio. Vale la pena aclarar que, en materia indígena, al declararse inculpable una persona indígena por diversidad sociocultural no afecta, de ningún modo, la jurisdicción indígena, y prevalece el derecho fundamental a la diversidad étnica y cultural de la persona o colectivo.

INIMPUTABILIDAD

En relación con la inimputabilidad proceden tres consideraciones que son argumentadas en el cuerpo del concepto: La primera, es que la inimputabilidad no es la única manera de resolver los casos de diversidad sociocultural y que esta procede si mediante el juicio se descarta la inculpabilidad. La segunda es que en **materia indígena, que es un componente de la diversidad sociocultural**, la coordinación para aplicar la medida de aseguramiento en un caso de inimputabilidad por diversidad sociocultural el juez que sanciona debe recurrir a "la autoridad de la cultura a la que pertenezca", la cual impondrá la pena según sus usos y costumbres

que serán los mismos de la persona. En caso de ser no-indígena la coordinación con la autoridad de la cultura a la que pertenezca el infractor, determinará los alcances de la pena. La tercera es que al garantizar de manera ampliada la inimputabilidad para cualquier persona por diversidad sociocultural, no afecta las normas impugnadas, al contrario las redimensiona y fortalece, y le da sentido a un eventual sistema penal pluralista.

COORDINACIÓN

En materia de coordinación jurisdiccional se puede recurrir "a la autoridad de la cultura a la que pertenezca". Se considera que para darle contenido se pueden establecer medidas como la presentación periódica ante los jueces o la policía, inspectores de policía en las veredas, o las que puedan ser adoptadas en concordancia con el criterio de inimputabilidad por diversidad sociocultural. Dentro del Sistema Jurídico Nacional que es pluralista la coordinación será eficiente y clara si quienes aplican las medidas de seguridad las aplican e imponen según los alcances y límites de ellas, en los términos de la propia diversidad sociocultural.

Es necesario: 1. Dimensionar conceptualmente la inimputabilidad por diversidad sociocultural y ampliarla a todos los colombianos. 2. Incorporar la no responsabilidad por diversidad sociocultural, es decir la inculpabilidad por diversidad sociocultural cometida por "error de comprensión culturalmente condicionado". 3. Actuar coordinadamente de manera integral (no sólo en materia penal) para que en las medidas de seguridad a adoptar por supuestos delitos cometidos por diversidad sociocultural se ajusten a los derechos fundamentales de todos los colombianos. 4. Prever, en materia de la diversidad sociocultural de los indígenas, como corolario del Item anterior, la introducción de penas por desacato a la autoridad indígena en casos reinicidentes, y el real reconocimiento del lugar de la Jurisdicción Especial Indígena en los procesos judiciales. Todo lo anterior ha de prevalecer en materia penal en honor a la justicia, en relación de estricta concordancia con los derechos fundamentales constitucionales de la nación colombiana y la integridad étnica y cultural, por los que hoy luchamos los colombianos amparados por nuestra Constitución.

La perspectiva que abre el expediente y el fallo de sentencia tiene enorme interés y complejidad, no solo para los pueblos indígenas, sino para el resto de colombianos:

1. La Corte Constitucional establece la igualdad y dignidad de la diversidad sociocultural para todos los colombianos, en concordancia con los artículos 7° y 70 parágrafo segundo parcial, de la CPC-91.
2. La jurisprudencia resultante interpreta una tradición en materia indígena y abre la puerta para el reconocimiento de la diversidad sociocultural de toda la población nacional (en cierta forma un ajuste conceptual en esa materia).
3. Incorpora la inculpabilidad por diversidad sociocultural, la cual se aplicaría por igual a todos los colombianos y de manera específica a los indígenas, gitanos, afrodescendientes, con base en todos los derechos fundamentales del Título I de la CPC-91 (puede llegar a ser útil en países donde nuestros compatriotas están siendo penalizados por errores culturales).
4. Mide la capacidad de entendimiento de lo cultural por parte del Sistema Judicial Nacional porque descriminaliza la diversidad sociocultural. La introducción del error de comprensión culturalmente condicionado, determina que quien salga de su comunidad no es un delincuente en potencia.
5. La interpretación del juez constitucional propicia la posibilidad de avanzar en una eventual discusión sobre la política criminal en materia de diversidad sociocultural.
6. Coadyuva que el sistema jurídico nacional evolucione hacia una coordinación pluralista efectiva profundizando en los desarrollos actuales y orientándose hacia una cultura intercultural para que también la jurisdicción indígena comprenda que así como ella es diversa (82 sistemas jurídicos distintos correspondientes a igual número de pueblos indígenas), el resto de la sociedad también lo es.

Por lo dicho, se da un paso enorme hacia la consolidación del Estado Pluralista Social de Derecho.

INCUPLABILIDAD E INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL.

La Corte Constitucional ha determinado los alcances y limitaciones, y la pertinencia o no de la inculpabilidad e inimputabilidad por diversidad sociocultural. Según este

concepto la mayor concordancia constitucional y el sistema penal se dio en el momento en que el juez constitucional reconoció la importancia de la no-responsabilidad en asuntos de diversidad sociocultural, para todos los colombianos.

La *incorporación de la no-responsabilidad penal por diversidad sociocultural* y redefine el lugar y sentido penal de la inimputabilidad por diversidad sociocultural, que abarca más sujetos que los indígenas. Se trata de entender que todo colombiano - individual o colectivamente, en razón de su diversidad sociocultural- en el momento de ejecutar la supuesta conducta típica y antijurídica se halle fuera de la cultura a la que pertenece y por esa razón no pueda comprender la ilicitud o que pudiendo comprenderla no sea capaz de actuar en concordancia con la cultura del lugar en que se realiza el acto, siguiendo el debido proceso para la diversidad sociocultural y apoyado en concepto antropológico sobre la cultura de la persona y la del lugar donde se comete el acto, deberá ser declarada no responsable. Cuando en condiciones similares la inculpabilidad se halle disminuida, mediante debido proceso y prueba pericial antropológica, será declarado inimputable y se le aplicará la medida de seguridad para la diversidad sociocultural, previa coordinación con la respectiva autoridad de la cultura a la que pertenezca; en caso que la inimputabilidad por diversidad sociocultural se halle disminuida se atenuará la pena⁴.

Los hechos culturales no connotan situaciones de mayor o menor educación entre las personas, tampoco mayor o menor capacidad y destreza intelectual. Son hechos que connotan significaciones, valoraciones éticas y sentidos diferenciados entorno a una misma situación. De ahí que todo concepto que introduzca consideraciones de minusvalía es atentatorio contra la igualdad y dignidad de las culturas existentes en la nación colombiana. La inimputabilidad, tal como es concebida en la actualidad, presupone que las personas con diversidad sociocultural son menos capaces que el resto de los colombianos, concepto que debe ser superado, en razón de la dignidad cultural de la diversidad sociocultural del país en general y de los pueblos indígenas y sus miembros en particular. No se puede seguir sosteniendo la idea decimonónica que enfrenta a indígenas no civilizados, con colombianos civilizados porque tal conceptualización es contraria a la diversidad sociocultural del país. La introducción de la inculpabilidad por diversidad sociocultural limita de manera significativa esa concepción al demostrar que todos los colombianos virtualmente, independientemente de sus capacidades intelectuales, están expuestos a cometer errores de comprensión culturalmente condicionados.

⁴ Se toma como referencia el Artículo 33 del Código Penal Colombiano, el Artículo 15 del Código Penal Peruano, la definición de inimputable de Reyes Echandía, y los artículos 7º y 70 segundo párrafo parcial.

Si por el hecho de salir del entorno cultural propio ya se es un criminal por deducción, hay algo que no anda bien en el concepto. Sería lo mismo que aplicarle una pena a una persona porque no respiró adecuadamente en un determinado lugar, o porque su corazón late distinto a lo normal en una altitud a la que no está acostumbrado. En el mismo sentido, si se pretende argumentar desde la psicología alguna causa de minusvalía al respecto, no es saludable y más bien deberíamos preocuparnos por el estado mental del psicólogo. Puede ser que una persona diversa socioculturalmente tenga problemas de incapacidad mental, esa persona no estaría habilitada para participar dentro de su propia cultura, como tampoco en una distinta. Aquí se trata de entender que, en condiciones normales, sin que medien impedimentos psiquiátricos, la persona diversa socioculturalmente no interpreta adecuadamente el acto, se confunde o yerra, como en el ejemplo del intercambio de alimentos citado en la introducción⁵, y , esto, no lo constituye en un inmaduro psicológico ni en un delincuente.

La tradición jurisprudencial de la Corte ha hecho énfasis en la protección de los derechos de los pueblos indígenas, como colectividades étnicas. Pero una cosa es defender los derechos a la diversidad cultural de los pueblos y otra los de las personas miembros de las culturas que se desplazan, individual o colectivamente, fuera de sus ámbitos culturales. Es por esta razón que la corte debe evitar la confusión conceptual que hace sinónimos la diversidad sociocultural con indígenas, para entender la real dimensión de su fallo.

El análisis pone en evidencia que los hechos que conducen al error de comprensión culturalmente condicionado los puede cometer cualquier persona colombiana, al encontrarse fuera de los dominios de la cultura propia o de su comunidad de origen. Dos cosas deben tenerse en cuenta de manera clara en lo relativo a lo judicial: la cultura de la jurisdicción en la cual se comete el delito y la cultura a la cual pertenece el infractor, para que en el debido proceso, mediante prueba pericial antropológica, se dictamen esas circunstancias propias de la diversidad sociocultural y se establezcan con claridad los hechos culturales que producen significaciones y valoraciones éticas diferentes conducentes al error y por lo tanto a la no-responsabilidad. Con una actuación así concebida se respeta la dignidad de las culturas, las instancias judiciales del proceso y adquiere mayor sentido la sistematicidad del sistema jurídico nacional pluralista.

COORDINACIÓN PARA MEDIDA DE SEGURIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL.

⁵ *Vid supra*. Introducción.

La medida de seguridad que se impugnó es "la reintegración al medio cultural propio", previa coordinación con la respectiva autoridad de la cultura a que pertenezca. La posibilidad que la medida determine el desplazamiento obligatorio, que es inconstitucional y limitador de la libertad de la persona diversa socioculturalmente, se puede neutralizar para dar cabida a la constitucionalidad, en virtud de los usos y costumbres, significaciones y valoraciones éticas que determine la autoridad con quien se coordina (de ahí la importancia de la coordinación, que además no requiere que la autoridad esté jurídicamente establecida) y, por supuesto, en virtud del consenso intercultural que debe presidir las relaciones entre unas y otras culturas. En consecuencia, la medida no debe ser entendida, como en la jurisprudencia anterior a 1991, como el desplazamiento físico y obligatorio de la persona a la comunidad de origen, sino al medio cultural, que es distinto.

Dados los fenómenos transterritoriales de las culturas, muchas personas como los desplazados por la violencia, los inganos en Bogotá, o los colombianos en Nueva York, por ejemplo, han generado o están produciendo formas culturales inéditas para poder sobrevivir colectiva e identitariamente fuera de sus lugares ancestrales de origen, formas culturales que proceden de la diferenciación estructural que realizan las culturas y la diversidad históricamente. Y, a pesar de ello, no logran descartar totalmente los hábitos culturales de su entorno cultural propio. Si estas personas cometen un error de comprensión culturalmente condicionado, tienen derecho a no volver a Río Sucio, a Sibundoy o a Colombia, sino que, mediante el peritaje y la coordinación, establecer las condiciones culturales creadas en su nuevo entorno cultural para establecer contextualmente el sentido y el alcance de la medida que se adoptará por coordinación, que en los términos mismos de ella, fijará la interpretación de la medida de seguridad por la interculturalidad producida entre el juez ordinario y la autoridad de la cultura respectiva. El juez acatará el resultado de la coordinación.

En concordancia con lo anterior, otra de las cuestiones que la Corte debe atender en este caso, es relativa a la coordinación dentro del sistema jurídico nacional. Se entiende que la CPC-91, la jurisprudencia y la doctrina de la Corte Constitucional reconocen la diversidad étnica y cultural en Colombia. Se infiere, a la vez, que a juicio de lo desarrollado hasta ahora en este concepto, la interpretación constitucional en materia de diversidad ha estado limitada a los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Se percibe también que la historia jurisprudencial colombiana reconocía la inimputabilidad de los indígenas por inmadurez psicológica e incapacidad mental. Se constata que en los artículos demandados del Código Penal no se menciona la

palabra "indígena" y que el concepto que allí se expone es el de "diversidad sociocultural". Se comprueba que los artículos 7º y 70 parágrafo segundo parcial de la CPC-91 reconocen la diversidad étnica y cultural de la nación y la igualdad y dignidad de las culturas y no mencionan la palabra "indígena". Se establece que los artículos 33, 69 y 73 de la Ley 599 de 2000, son congruentes con la CPC-91, al establecer la inimputabilidad por diversidad sociocultural y la respectiva medida de seguridad. ¿Qué definición se le asigna a los conceptos "diversidad sociocultural" y "respectiva autoridad de la cultura a la que pertenezcan" presentes en el Código Penal?

Resulta muy interesante, pero poco aplicable aún, la siguiente implicación de la sentencia de la corte: ¿Se debe reconocer para el tratamiento de los asuntos penales la diversidad sociocultural de todos los colombianos, la no responsabilidad por diversidad sociocultural y la coordinación con las autoridades de la respectiva cultura a la que pertenece el infractor cuando la no responsabilidad no sea posible y se configure la inimputabilidad por diversidad sociocultural?; ¿la coordinación se debe dar a través del juez ordinario o la autoridad jurisdiccional indígena, quien debe proceder según los criterios del debido proceso para la diversidad sociocultural o a la autoridad competente?; ¿podría llamar el juez a una autoridad de las comunidades negras o gitanas o de una comunidad desplazada (el peritaje antropológico podría indicar con quien procedería la coordinación), que no tienen fuero jurisdiccional como si lo tienen los indígenas y en acuerdo con ella, tomar la decisión de la medida de seguridad.

Los colombianos están bajo la jurisdicción ordinaria, menos los indígenas que están bajo la jurisdicción especial indígena, siempre y cuando estén dentro de su ámbito territorial o espacio natural en que ella se puede ejercer, tal como lo señala el Artículo 246 de la CPC-91. En el caso indígena opera la misma solución anterior, solo que la dignidad de quién impone la pena es similar a la del juez que lleva el caso. No debe conducir a equívocos esta situación, por lo que se precisa lo siguiente: cualquier juez ordinario o quien cumpla sus funciones en la jurisdicción indígena que es la autoridad legítimamente constituida en la cultura donde se produce el acto supuestamente antijurídico por diversidad sociocultural, puede producir el fallo siguiendo el debido proceso por diversidad sociocultural.

Si se trata de hacer funcionar a la Jurisdicción Especial Indígena fuera del ámbito territorial de su jurisdicción, se puede argumentar en razón de la igualdad que un juez ordinario puede actuar de similar manera dentro de la jurisdicción indígena cuando la infracción por diversidad sociocultural sea cometida por un no indígena en el ámbito de una cultura indígena. Esto generaría situaciones muy complicadas, pues el modo

habitual de actuar de los funcionarios judiciales ha sido el de irrespetar dicha jurisdicción. Para proteger la jurisdicción y a las personas diversas socioculturalmente, en concordancia con las normas constitucionales y la interpretación de la H. Corte, se debe facultar a la coordinación con las respectivas autoridades de la cultura a la que se pertenece, como la determinante al aplicar la pena por inimputabilidad. A juicio de este concepto esa es la medida más justa al tenor constitucional e impide malinterpretaciones subsecuentes por otros hechos.

A fuer de ser reiterativo, con base en lo dicho, en este caso la jurisprudencia existente en materia de pueblos indígenas, es insuficiente, porque jurídicamente configura una realidad distinta a la que aquí se estudia. Constitucionalmente la situación de personas diversas socioculturalmente que cometen actos supuestamente antijurídicos en espacios fuera de su cultura propia demanda, una interpretación plena de los derechos fundamentales de la diversidad sociocultural de los colombianos. Por lo tanto, insisto: el juez constitucional está originando una nueva tradición interpretativa en materia de los alcances constitucionales de la diversidad sociocultural, y en lo penal sentando doctrina sobre lo que podría considerarse los fundamentos para una eventual política criminal en materia de diversidad sociocultural, que por lo pronto, se sustenta en: todos los colombianos sin discriminación son diversos socioculturalmente, tienen derecho a que se les otorgue la no-responsabilidad por diversidad sociocultural, cuando ella no fuere posible se dictaminará inimputabilidad por diversidad sociocultural. La medida de seguridad para la diversidad sociocultural no depende del juez, sino de la coordinación con la autoridad de la cultura a la que pertenece el infractor, por lo que no puede ser concebida como medida que restringe la libertad, sino como medida de protección en sentido estricto. La no-responsabilidad por diversidad sociocultural se determina cuando un mismo hecho tiene significaciones y valoraciones éticas diferentes y la significación que el infractor da, no está en concordancia con la cultura del lugar donde se produce el acto.

SISTEMA JURÍDICO NACIONAL

Al ser comprendida la Jurisdicción Especial Indígena, que es la única jurisdicción de la diversidad sociocultural reconocida constitucionalmente como parte del sistema jurídico nacional, los procesos que la involucran o que la comprometen deben reconocerla como instancia legítima y legal en el proceso. En eso se ha avanzado, pero semántica y procedimentalmente cuando se han resuelto procesos judiciales, se toma a ésta como a quien se somete a juicio y no como instancia judicial en estricto

sentido. Se entiende que el gobernador o la autoridad indígena tienen la misma dignidad de un juez, dentro del sistema jurídico nacional, pluralista, que reconoce los usos y costumbres judiciales de la diversidad sociocultural, en este caso de los indígenas, que son -como ya se dijo- diversos socioculturalmente, y, también se entiende que cuando producen un fallo, es un fallo del proceso que se somete a revisión por una instancia superior (en casos de diversidad sociocultural puede darse el caso que un juez de la Jurisdicción Indígena pueda ser instancia superior de un juez ordinario). No entiendo, por ejemplo, por qué la H. Corte trata como instancias judiciales solo las de los jueces ordinarios y no la de los jueces indígenas. Un juez debe revisar la actuación judicial del gobernador según los usos y costumbres de éste y no con los de aquel y al fallar debe dictaminar si el hecho se ajusta al debido proceso consuetudinario de la cultura que se revisa. Sería muy interesante observar en fallos sucesivos de la H. Corte Constitucional, que ella se refiera, por ejemplo al "*aquo* de la jurisdicción indígena". Una situación de estas permite visualizar una sistemacidad plena del pluralismo constitucional dentro del Sistema Jurídico Nacional y en los procesos judiciales que comprometan la diversidad sociocultural de los indígenas.

El siguiente cuadro resume la diversidad de los conceptos que obran en el expediente según la conclusión a la que llegan. Las partes sombreadas corresponden a la decisi

Cuadro 1
Comparativo de conceptos que obran en el expediente
Posiciones según las conclusiones a las que llegan

Artículo	Demandante	Procurador	Experto	CORTE Sentencia 370	Condiciones
Artículo 33	Inexequible	Exequible	Exequible	Exequible	Declarar No Responsabilidad por Diversidad S.
Artículo 69	Inexequible	Inexequible	Exequible	Inexequible	Medida Seguridad protege Error Cultural persona
Artículo 73	Inexequible	Exequible par. 1 Inexequible Par. 2, 3 y 4	Exequible par. 1 Inexequible Par. 2, 3 y 4	Inexequible	Coordinación garante derecho protección por Diversidad S.

DELITOS COMETIDOS POR INDÍGENAS FUERA DE SU TERRITORIO

¿Existen problemas judiciales que provocan los errores culturales cometidos por toda la diversidad sociocultural, particularmente indígenas, y otros grupos sociales y culturales?, ¿Esto es lo que se considera descriminalizar la diversidad cultural?

Aplicación de la regulación

Al establecer la norma que la diversidad sociocultural causa inimputabilidad a "quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión", elevada a la constitucionalidad que se desea darle -incluso sin ella- no se aplicaría exclusivamente a los indígenas. Por ser la diversidad sociocultural un concepto inclusivo de las diversidades culturales, étnicas e indígenas, se podría aplicar -constitucionalmente- no sólo a otros sectores de la diversidad étnica y cultural, sino a todos los colombianos, pues todos son objetiva y fácticamente diversos socioculturalmente, fijando un nuevo alcance constitucional de la norma, de inevitables repercusiones históricas en materia multicultural.

Algunas situaciones empíricas de diversidad sociocultural pueden demostrar, posibles situaciones, que por errores culturales o imprudencia⁶, pueden convertirse en verdaderos problemas para una persona. Como ha quedado establecido claramente, al concebir la diversidad sociocultural, se pueden presentar situaciones judiciales en las que sea necesario proteger:

1. A un indígena en otra cultura indígena (awas en los uwas),
2. A un indígena en otra cultura étnica (un kankuamo en San Basilio de Palenque),
3. A un indígena en una cultura regional (un pasto en la costa),
4. A un indígena en una ciudad (yanaconas en Popayán).
5. A un no-indígena en un resguardo (un colono entre los huitoto).

⁶ Schöne, Wolfgang. *Imprudencia, tipo y ley penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

6. Un no-indígena entre los gitanos,

7. Un no indígena en Barbacoas,

8. Un bogotano en Medellín... etc., y las posibilidades son infinitas (argumento que sirve a la vez, para demostrar la importancia de la coordinación, pues este es un procedimiento que resuelve los problemas de regular la coordinación en materia de diversidad cultural). Algunos ejemplos:

Un guambiano puede ser sancionado por un mamo kogui de la sierra Nevada de Santa Marta, pues a pesar de ser ambos indígenas, tienen costumbres y diferencias culturales contrastantes, y puede darse el caso de una actuación que configure la ejecución de una conducta típica y antijurídica para los usos y costumbres koguis, y el guambiano no tener la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión.

Igualmente los nukak-makú del Guaviare, que son cazadores recolectores, un día llegaron a una chagra de un colono y observaron como unas personas correteaban una gallina para capturarla, porque la habían pagado al colono para consumirla en el almuerzo. Se configuró para los nukak una escena de cacería de un animal que para ellos corretea libre por la selva, sin entender que la torpeza de los cazadores que veían estaba amparada por el pago previo en dinero al dueño del animal. Una vez capturada la gallina se amarró de las patas y se colocó al pie del fogón mientras llegaba el momento del sacrificio. Los nukak observaron con precisión el ritual de caza. Días después al llegar al sitio de asentamiento transitorio de los nukak en medio de la selva, se observó un par de gallinas idénticamente amarradas y situadas al pie del fogón. ¿pagaron los nukak las gallinas al dueño de ellas?, ¿se debe declarar por este hecho que los nukak son robagallinas? Al decirles que esas gallinas no eran de ellos dijeron que por habían muchas y cada quien podía cazarlas como lo habían hecho las personas que vieron en la escena de captura días atrás.

Un sacerdote que iba a realizar un matrimonio colectivo en un poblado nahua del centro de México, observó como el primer novio llegaba borracho a la confesión, lo que consideró un irrespeto y decidió no casarlo. Pero fueron llegando todos los novios de esa manera y entonces optó por cancelar la ceremonia colectiva. No duró mucho tranquilo al cobijo de la sacristía cuando en asonada irrumpieron hombres, mujeres, niños, novias, novios para demandarle -no pedirle el favor- que realizara la ceremonia, con comunión incluida. Para no ir muy lejos, una señora de avanzada edad, le increpó diciendo."sino casa a los muchachos con comunión y todo, nosotros si le damos a usted de estas hostias" y le mostró unas balas de revólver. En este

lugar, la ceremonia matrimonial exige la embriaguez y el trasnocho del novio, porque es la manera más gloriosa de estar en armonía ritual; una persona sobria que llega al matrimonio es una persona que no está alegre por casarse y trae malos augurios a la pareja. ¿El cura actúo por convicción ética?, ¿comprendió la cultura?, ¿Si los nahuas estuvieran fuera del pueblo habrían actuado de la misma manera?... También conozco matrimonios en ciudad de México, de nahuas, que llegan a las iglesias bastante sobrios, pero después se emborrachan durante tres días.

Qué pasa con un patiano, persona perteneciente a una comunidad negra del Cauca, cuando realiza el descarte de una res de acuerdo con sus usos y costumbres y es demandado por abigeato por los indígenas y no indígenas vecinos? En el mismo valle del Patía, las comunidades de los pueblos de Patía y de Piedrasentada, que son afrocolombianas, guardan formas de representación diferenciadas que han producido restricciones matrimoniales para las personas de cada pueblo, entre ellos no se casan.

Algunos temas para el manejo de problemas de diversidad sociocultural.

El sistema jurídico nacional debe manejar los problemas de las conductas que pueden acarrear ilicitud cuando se cometen fuera de los ámbitos de la cultura propia, reconociendo la pertinencia constitucional de:

1. La existencia del error de comprensión culturalmente condicionado.
2. La no responsabilidad por diversidad sociocultural.
3. El respeto de la Jurisdicción Especial Indígena.
4. El debido proceso para la diversidad sociocultural.
5. La coordinación como práctica intercultural y como parte fundamental del debido proceso por diversidad sociocultural.
6. La interculturalidad que produce la coordinación.
7. El derecho al respeto de las valoraciones éticas de las personas sindicadas como causal de inculpabilidad.

8. La habilitación a todos los jueces para investigar, coordinar, juzgar y sancionar casos por diversidad sociocultural
9. La peritación antropológica como parte sustancial en el proceso judicial.
10. La extensión y ampliación de los derechos de la diversidad a todos los colombianos.
11. La legitimación de la Jurisdicción Especial Indígena en el Sistema Jurídico Nacional.
12. El establecimiento de que todos los sujetos de la diversidad sociocultural tienen el deber de respetar a los otros y el derecho de ser respetados.

Se concluye este ejercicio con tres citas del Salvamento de Voto del magistrado Montealegre Lyneth, ya citado, pues obligan a una reflexión profunda del lugar en el que el Estado se produce:

“Un Estado multicultural, impide penalizar la falta de diligencia en esos casos y que por ende, hay que concluir que también en esos eventos operaba por mandato directo de la Carta, un error de prohibición culturalmente condicionado, tal y como lo hacía la ponencia originaria.”

“Un Estado multicultural, debe entenderse que no puede penalizarse a aquella persona que en abstracto conoce la ilicitud de una conducta pero, por su particular cosmovisión y por su especificidad cultural, no puede evitarla.”

“La figura de la inimputabilidad por diversidad sociocultural era retirada del ordenamiento, en el entendido de que, en virtud del reconocimiento constitucional del pluralismo y la multiculturalidad (CP arts. 7º, 8º y 70), debe absolverse, por error de prohibición culturalmente condicionado, a aquella persona que, en el momento de ejecutar una conducta típica y antijurídica, no tuviere, por su diversidad sociocultural, capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento, o posibilidad de determinarse con base en esa comprensión.”
(Montealegre Lyneth)