



## **El fuero judicial de los pueblos indígenas frente a la justicia ordinaria y la responsabilidad del Estado colombiano por su vulneración fáctica**

*Juan Carlos Quintero Calvache\**

\* Abogado, especialista en Derecho Penal y Criminología, magister en Filosofía y candidato a doctor en Humanidades de la Universidad del Valle. Profesor del Departamento de Filosofía de la Facultad de Humanidades de la Universidad del Valle, vinculado mediante la modalidad de asistente de docencia del doctorado en humanidades.

*Criterio Jurídico* Santiago de Cali V. 11, No. 1 2011-1 pp. 75-103 ISSN 1657-3978

Recibido: 14 de febrero de 2011

Aprobado: 25 de abril de 2011

## **Resumen**

Los operadores judiciales están vinculando al Estado colombiano en una responsabilidad inexcusable ante la comunidad internacional por desconocer los mandatos del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, que define el trato para miembros de las comunidades indígenas y tribales en los procedimientos judiciales que se siguen contra ellos. En la mayoría de los casos, cuando dentro de las zonas de resguardo el indígena comete acciones punibles contra miembros de la propia comunidad, y sus acciones son enjuiciadas por el sistema judicial ordinario, se le desconocen principios básicos para un tratamiento justo, como los principios de juez natural y tribunal preexistente. El mandato del Convenio 169 dispone en todo momento una serie de privilegios a los indígenas que comentan faltas de carácter penal, bien sea bajo las especiales condiciones territoriales o fuera de los territorios.

## **Palabras clave**

Jurisdicción, competencia, pueblos indígenas, convenio, debido proceso, tribunal preexistente, responsabilidad.

## **Abstract**

The courts in Colombia are making the state liable to the international community for breach of the International Labor Organization's Convention 169. This convention defines due process for members of indigenous communities. In most cases in which indigenous people have committed crimes against members of their community on tribal lands, and they have been tried in regular criminal courts, these trials have violated basic principles of justice, such as the principle of legality and the right to be tried by a preexisting court. Convention 169 orders that indigenous people who commit a crime be granted a series of benefits; these benefits apply both in the special conditions of their territories and outside of their territories.

## **Keywords**

Jurisdiction, indigenous peoples, international treaty, due process, preexisting courts, liability.



## 1. Introducción

La crisis del sistema judicial representa uno de los mayores problemas para el desarrollo de una *política del reconocimiento* que asegure la coexistencia de las comunidades indígenas y tribales dentro del modelo de Estado de Derecho constitucionalmente definido en Colombia.

El desconocimiento de las disposiciones internacionales que reconocen la existencia integral de los pueblos indígenas y las garantías judiciales para sus miembros dentro del sistema judicial se produce, por una parte, por el capricho incontrolado de los jueces que en ejercicio de su posición dominante desconocen tales garantías. Por otra parte, es la falta de competencia para la integración sistemática de esas disposiciones internacionales en el ámbito de la administración judicial, la que pone esas garantías por fuera del sistema de derechos de los miembros de comunidades étnicas y tribales.

Lo que se pretende mostrar en este artículo es el estado actual de la aplicación y reconocimiento de las garantías procesales para los miembros de comunidades étnicas enjuiciados por la jurisdicción ordinaria, y la responsabilidad internacional que tendrá que asumir el Estado colombiano por la actuación irregular de los jueces en este sentido.

## 2. La delgada línea que separa la jurisdicción ordinaria penal y la jurisdicción especial de los pueblos indígenas.

Los tratados y convenios internacionales que ha ratificado el Estado colombiano en el marco de sus relaciones comunitarias con otros estados o con organizaciones internacionales tienen un efecto vinculante que supone la obligación de articularlos al sistema normativo nacional y tenerlos como normas vigentes dentro del ordenamiento jurídico. Así, el Estado queda obligado tanto política como judicialmente al acatamiento, aplicación y defensa de esas disposiciones sobre las cuales ha expresado su obligación libre y voluntaria de reconocerlas y aplicarlas en las situaciones especiales para las que fueron estatuidas.

En el caso de las obligaciones de carácter judicial que se derivan de la aprobación de los tratados y convenios internacionales se tiene que cuando en ellos se establece una obligación al aparato judicial, y en especial a los operadores judiciales, que incluye una disposición, sea de carácter sustancial o instrumental, es porque el Estado admitió que esa normativa será acatada y cumplida sin reparos por los organismos judiciales, y por tanto, una vez se cumplan los procedimientos para su vigencia<sup>1</sup> el tratado o convenio se constituye en ley dentro del territorio nacional, y así se debe entender.

Bajo estos criterios resulta obligatorio para los operadores judiciales (jueces, fiscales y jueces colegiados) acatar y aplicar esas disposiciones en los procedimientos judiciales que se adecúen de manera fáctica y jurídica a lo estipulado por las mencionadas normas internacionales. Dicho de otra manera, el evento surgido en el mundo de los fenómenos, con todos sus elementos, siempre que esté relacionado con el convenio o tratado internacional (Stavenhagen, 2009: 75).

El llamado bloque de constitucionalidad<sup>2</sup> que opera como garantía universal para el reconocimiento y respeto de los derechos plantea dos problemas básicos para los operadores judiciales: la ruptura de la exégesis normativa y la religiosidad al positivismo extremo.

En ese sentido, las dinámicas judiciales y en especial el operador jurídico deben tomar el camino que le proporciona la Carta para hallar la salida a las dificultades que se le presentan en el momento de asumir el conocimiento de casos donde se encuentran vinculados individuos que pertenecen a comunidades indígenas o tribales (Stavenhagen, 2009:

---

<sup>1</sup> Expedición de la ley aprobatoria del tratado internacional, el control de constitucionalidad de la Corte Constitucional y ratificación por vía de la firma del presidente de la República.

<sup>2</sup> “El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución” (sentencia C-225 de 1995, MP Alejandro Martínez Caballero. Posición reiterada en las sentencias C-578 de 1995, MP Eduardo Cifuentes Muñoz; C-358 de 1997, MP Eduardo Cifuentes Muñoz; y C-191 de 1998, MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

El fuero judicial de los pueblos indígenas frente a la justicia ordinaria...

76). Resolver estas dificultades implica considerar la existencia de los convenios internacionales en el marco jurídico, y especialmente su fuerza vinculante para el sistema, lo que significa que para el caso que se propone habrá de tener en cuenta que el convenio o tratado internacional aplica para el caso colombiano.

Ahora, si la actitud del funcionario judicial en el tratamiento del asunto desconoce la aplicación de la norma internacional, se ponen en evidencia los abusos de poder por omisión del sistema judicial colombiano con relación a los procesos criminales que se siguen contra miembros de comunidades indígenas (García, 2006: 158), no obstante que, precisando el caso, los crímenes se hayan cometido por fuera del territorio y contra miembros de sus propios pueblos.

El desconocimiento del operador judicial sobre una de estas disposiciones no escapa en manera alguna a la responsabilidad internacional del Estado por la violación del convenio o el tratado internacional al que se ha obligado (López-Bassols, 2003: 236), en razón de que el órgano encargado de hacer efectivas tales obligaciones actúa contrario a ellas o en el mejor de los casos deja de aplicarlas.

Lo anterior supone violaciones flagrantes al derecho internacional de los derechos humanos, frente al cual el Estado colombiano se encuentra igualmente sometido a su respeto y vigencia, si se tiene en cuenta que el desconocimiento de los mandatos expresos del convenio vulnera el derecho de los pueblos y en especial del procesado indígena, en tanto y en cuanto no se le estaría desarrollando su asunto judicial con base en los criterios definidos por la disposición internacional, desconociendo el derecho que le corresponda a que se le enjuicie con fundamento en las formas propias contenidas en la ley (Hernández, 1965: 85).

El mandato de los artículos 93 y 94 de la Constitución Política, en concordancia con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, permite superar las dificultades que se le presentan a la judicatura cuando se trata de enjuiciar a miembros de comunidades indígenas por crímenes cometidos dentro de sus territorios y cuando incurran en faltas por fuera de él, como quiera que a partir de los

criterios contenidos en esas disposiciones podrá identificar jurisdicción, procedimiento y tratamiento al encausado.

En el primer caso, no cabe duda que el problema se encuentra resuelto de tiempo atrás por la Corte Constitucional cuando delimitó el marco de la jurisdicción especial de los pueblos y fijó la frontera para la intervención de la justicia ordinaria frente a los casos de indígenas que conculquen la ley penal, también conocida dentro de los pueblos como *ley occidental o derecho occidental*. De hecho, el tratamiento de los indígenas frente a la ley penal instrumental presenta dos variables: por una parte, el punto de la jurisdicción, debido proceso y juez natural, y por la otra, el reconocimiento permanente de la condición de indígena del sujeto sometido a juicio por fuera de su jurisdicción especial (Clavero, 2000: 230).

Lo importante para el operador jurídico en ambos casos es que no puede perder de vista la cualificación del sujeto sometido a juicio, no obstante quedar atado por circunstancias especiales del hecho criminal a la jurisdicción penal ordinaria, pues el cambio de jurisdicción no implica en manera alguna un cambio en la categoría del individuo. En una y otra circunstancia la condición étnica no se pierde ante la ley, y menos el operador judicial tiene facultades para desconocer o sustituir las cualidades que subyacen en el individuo por su condición étnica.

Vale la pena advertir que la condición étnica y el reconocimiento como tal no es un acto arbitrario ni deliberado del operador de justicia que asume el conocimiento de un asunto judicial en estas circunstancias, como tampoco lo es del propio aparato judicial (Giraudó, 2007: 127). Lo cierto es que el reconocimiento de la etnicidad<sup>3</sup> y de las condiciones

---

<sup>3</sup> Todo el marco de reconocimiento pluriétnico y pluricultural se precisa en los contenidos de los artículos 10, 63, 70, 171, 176, 246, 286, 287 y 330 de la Carta, considerando en ellos la lengua, los dialectos y las formas de construcción discursiva de los grupos étnicos, y, por tanto, se consideran formas de comunicación oficial dentro de los territorios que no podrán ser desconocidos bajo ninguna circunstancia. Dijo la Corte Constitucional en la sentencia T-048 de 2002, en relación con el fundamento constitucional del principio de diversidad étnica y cultural, que “las tierras comunales de grupos étnicos y de resguardo son inalienables, imprescriptibles e inembargables, todas las culturas que conviven en el país y sus manifestaciones son igualmente dignas, las comunidades indígenas conforman una circunscripción

El fuero judicial de los pueblos indígenas frente a la justicia ordinaria...

del procesado responden a un mandato concreto y expreso de la Carta, como también de tratados y convenios internacionales que así lo disponen.

### **3. El reconocimiento como jurisdicción especial constituye una garantía de las formas propias del juicio para los pueblos indígenas**

El hecho de que Colombia haya adoptado la forma de Estado social de derecho proporciona garantías al sistema judicial para contener las intervenciones de otros poderes públicos sobre éste, y en ese mismo sentido se erige como garante de las jurisdicciones reconocidas por la Carta Fundamental, en este caso de la jurisdicción especial para los pueblos indígenas.

Bajo estas consideraciones se evidencia de manera incontrovertible que de ninguna manera podrán ser sustituidas o desconocidas las autoridades de los pueblos en el conocimiento, investigación y juzgamiento de las acciones reprochables que realicen los miembros de las comunidades indígenas, siempre que se cumplan con tres condiciones especiales: (a) que el procesado pertenezca a una comunidad étnica, (b) que la acción punible haya sido cometida dentro del territorio de la comunidad y (c) que la acción no sea de aquellas que ponga en peligro la seguridad del Estado y la salubridad pública.

La inclusión del Convenio 169 de 1989 de la OIT al bloque de constitucionalidad que hace la Corte Constitucional por vía de la

---

nacional especial que les permite designar dos representantes al Senado de la República, la ley puede establecer una circunscripción especial para que los grupos étnicos aseguren su participación en la Cámara de Representantes, las autoridades indígenas pueden aplicar justicia dentro de sus territorios, de acuerdo a sus normas, usos y costumbres, los territorios indígenas conforman entidades territoriales, con autonomía administrativa y presupuestal, que pueden ser representadas judicial y extrajudicialmente, y que se gobiernan por consejos conformados y reglamentados según sus usos y costumbres. Además, los integrantes de los grupos indígenas, individualmente considerados, gozan de todos los derechos que se reconocen a los asociados, los que deben ser respetados por las autoridades indígenas, por la comunidad étnica a la que pertenecen y por la sociedad en general, porque el artículo 13 constitucional proscribire toda forma de discriminación por razones de raza, origen, lengua o religión”.

sentencia de tutela T-606 de 2001 confirma los alcances de la jurisdicción especial de los pueblos, ratificando que ello constituye un derecho que no podrá sujetarse a limitaciones bajo ninguna circunstancia y menos durante los estados de excepción.

En ese sentido, la Corte planteó que:

[...] la jurisdicción indígena está integrada por sus propias autoridades judiciales, la potestad que estas tienen para establecer normas y procedimientos propios, con sujeción de estos a la ley y a la Constitución. Según la jurisprudencia, la jurisdicción indígena no está supeditada a la expedición de la ley previa, pues la Constitución tiene efectos normativos directos. Pero no solamente es la Constitución la que establece esta jurisdicción especial indígena. La OIT en el Convenio 169 (sobre pueblos indígenas y tribales), aprobado en Colombia por la ley 21 de 1991, trae toda una PARTE, denominada “TIERRAS”. En virtud del bloque de constitucionalidad, las citadas normas de los Convenios, y particularmente para el presente caso el artículo 17 del Convenio 169 de la OIT, se integran con la Carta Fundamental en cuanto dicho Convenio contempla temas de derechos humanos, cuya limitación se encuentra prohibida aún durante los estados de excepción. Por consiguiente, la violación a las normas del Convenio 169 de la OIT pueden ser motivo de tutela en cuanto afecten derechos fundamentales.<sup>4</sup>

Más allá del reconocimiento de un derecho como lo expone la Corte, esta misma corporación en su desarrollo doctrinario reconoce, a la luz del Convenio 169 de la OIT, los principios de juez natural y tribunal preexistente en el marco de las formas propias del juicio que se aplican en los casos específicos (Colmenares, 2001:174): “En efecto, se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo”<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Corte Constitucional, sentencia T-606 de 2001, MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>5</sup> Corte Constitucional, sentencia T-496 de 1996, MP Carlos Gaviria Díaz.

El fuero judicial de los pueblos indígenas frente a la justicia ordinaria...

De tal manera que la jurisdicción se reconoce, como se reconoce toda la dimensión social, ideológica y política de los *pueblos* siempre que en la situación fáctica aparezcan claramente los presupuestos espaciales e individuales<sup>6</sup>, condiciones decantadas ampliamente por la jurisprudencia y la doctrina constitucional que abren paso para la intervención de las autoridades propias para el desarrollo de las etapas judiciales de investigación y juzgamiento de los infractores de la ley en los territorios indígenas (González, 2002: 176).

Así, fiscal y juez del sistema judicial ordinario están llamados a examinar estos presupuestos de procesabilidad que, en ausencia de ellos, habilitan al aparato judicial ordinario para intervenir en el proceso judicial, desplazando las autoridades propias de los pueblos indígenas, asumiendo inexcusablemente la competencia frente al asunto que se pone en debate, pero que en presencia de esos elementos el funcionario judicial no tendrá la competencia constitucional absteniéndose automáticamente de su conocimiento, sustrayéndose de la obligación de avanzar en el trámite del enjuiciamiento del individuo encausado.

El hecho de que no se cumplan dichos elementos o no aparezcan en la situación fáctica los llamados presupuestos de procesabilidad para habilitar la jurisdicción de la justicia propia de los pueblos en manera alguna constituye circunstancia especial para desatender los mandatos internacionales del Convenio 169 (Stavenhagen, 2009:160). Problema adicional que se le presenta al operador judicial si se tiene que cuenta que la condición étnica del procesado, sujeto a la jurisdicción ordinaria, mantiene vigente el marco garantista internacional contenido en la disposición internacional referida, y el hecho de haber delinquido fuera de su territorio no lo despoja de su condición étnica, ni sus derechos a ser reconocido como tal. En este evento, el Estado sigue obligado por cuenta del precitado Convenio 169.

#### **4. La extensión del Convenio a los procesos de la justicia ordinaria y la responsabilidad del Estado por desconocimiento de éste**

---

<sup>6</sup> Ello implica que, para habilitar la intervención de las autoridades propias de los pueblos, se requieren dos presupuestos básicos: la condición étnica del infractor de la ley y que el delito se haya cometido dentro del territorio del pueblo indígena.

La otra cara del Convenio 169 de la OIT se inscribe en lo que llamo *el tratamiento judicial para los pueblos en la justicia occidental*, que supone la vigencia permanente del convenio indistintamente de la jurisdicción en la que se encuentre sometido a juicio el individuo étnico, especialmente si el juez natural, por efecto de la ausencia del elemento espacial —comisión del crimen dentro del territorio indígena— se inscribe en el sistema *judicial ordinario*.

Esta dimensión del convenio coincide con los derechos reivindicados desde finales del siglo XIX y hasta mediados del siglo XX, por la lucha perenne de Manuel Quintín Lame y que son herencia capitalizada por el movimiento indígena, a partir de los cuales se define el marco institucional organizativo sobre el que se levantó hace cerca de 40 años el Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC).

El presbítero Antonio Bonanomi<sup>7</sup>, en su conferencia pronunciada durante el foro “Pueblos indígenas y Constitución Política de 1991: un camino de esperanza y una pesadilla”, formuló dos aspectos básicos que reafirman la capacidad de los pueblos para darse su propio sistema judicial y el reconocimiento que debe hacer sobre los pueblos la justicia occidental: la autonomía y el territorio.

De esa larga lucha desplegada por líderes indígenas, admite el sacerdote Bonanomi, se delimitan esos dos aspectos que sustentan todo el sistema jurídico y político de los pueblos indígenas:

A comienzos del siglo pasado, Manuel Quintín Lame empezó una larga lucha, primero en su Cauca natal y después en Tolima donde murió en 1967, en la que como los antiguos caciques reivindicaba el derecho a la propiedad de sus territorios, el derecho de las Autoridades indígenas identificadas como Cabildos a ejercer su autoridad político-

---

<sup>7</sup> Motivador del proceso de organización de los pueblos indígenas en el norte del Departamento del Cauca, donde contribuyó junto con los líderes de esa región a darle vida a lo que hoy se reconoce como una de las organizaciones étnicas más importantes del continente, si no la más importante: el Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC).

El fuero judicial de los pueblos indígenas frente a la justicia ordinaria...

administrativa en sus territorios y el derecho a vivir según sus usos y costumbres en coherencia con su cultura.<sup>8</sup>

El derecho de las autoridades indígenas en lo político y administrativo expuesto por el sacerdote Bonanomi reafirma el concepto de autonomía que le permite a los pueblos dimensionar toda su estructura sin injerencia de agentes externos a sus territorios; y en lo jurídico operar como entidades legislativas y operativas desde lo judicial, en cuyo caso podrán ampliar el marco de conductas reprochables dentro de su comunidad, lo que quiere decir que la regulación de los comportamientos que afecten a la colectividad podrá ampliarse y, a su vez, quedar bajo la competencia de las autoridades de los pueblos.

La sujeción de los jueces de la República al Convenio 169 se presenta ahora desde la perspectiva del tratamiento de los miembros de las comunidades indígenas que se encuentran sometidos al sistema judicial criminal del Estado, es decir, de aquellos que cometieron delitos señalados así por el Código Penal colombiano, pero que se desarrollaron y consumaron fuera de los territorios indígenas.

Lo anterior supondría para el operador judicial que una vez el indígena se encuentra lejos de la jurisdicción especial y de sus autoridades propias habrá perdido toda su condición social y humana desde lo étnico y cultural y estaría en condiciones adecuadas, bajo la creencia errada de que perdió la cualificación que le confiere la Constitución (Ordóñez, 2005: 230), para someterlo a los tratamientos que ofrece el sistema judicial ordinario a los criminales del común.

Aunque la Corte Constitucional advierta que la comisión del delito del indígena por fuera del territorio lo deja igualmente por fuera de la jurisdicción especial de su pueblo, se olvida del mandato contenido en el convenio, en cuyo texto subyace la permanencia en el tiempo de la cualificación del individuo frente al sistema judicial del Estado. En otras palabras, lo que advierte el convenio es que la etnicidad del sujeto no se

---

<sup>8</sup> Conferencia pronunciada durante el foro denominado “Pueblos indígenas y Constitución Política de 1991: un camino de esperanza y una pesadilla”, Universidad Autónoma de Occidente, octubre 20 y 21 de 2009. Dicha conferencia forma parte de esta publicación.

pierde por el hecho de delinquir por fuera de la zona de resguardo o del territorio específicamente delimitado al pueblo indígena. Esta discusión se mantiene considerando que la Corte Constitucional en el punto del fuero indígena sostiene que:

[...] esto no significa que siempre que esté involucrado un aborígen 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 de fuero indígena se conjugan dos elementos: uno de carácter personal, con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad, y uno de carácter geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas [...].

En efecto, la solución puede variar si la acción típica es cometida por miembros de pueblos indígenas dentro de su territorio, o si un indígena, de manera individual, incurre en ella afectando a quien no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo. En el primero caso, en virtud de consideraciones territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional; pero en el segundo, el juez puede enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad.<sup>9</sup>

Es cierto, como lo sostiene el Alto Tribunal Constitucional, que el factor fuero presenta límites, dadas las condiciones que se requieren para que asuma la jurisdicción especial el enjuiciamiento de indígenas, es decir, el cumplimiento de las condiciones espaciales e individuales, pero no se debe perder de vista que la comisión de la conducta punible en espacios diferentes al territorio indígena no deja al individuo fuera de su etnicidad ni lo sustrae de su condición de individuo perteneciente a una colectividad constitucionalmente reconocida. Esto es algo que permanece inveteradamente.

---

<sup>9</sup> Corte Constitucional, sentencia T-496 de 1996, MP Carlos Gaviria Díaz.

El fuero judicial de los pueblos indígenas frente a la justicia ordinaria...

Dicho lo anterior, la justicia ordinaria se abstendrá de imponer a los miembros de comunidades indígenas que se hallen dentro de los límites de la jurisdicción ordinaria medidas cautelares que impliquen el confinamiento de estos individuos a establecimientos carcelarios y penitenciarios dispuestos para el sistema de justicia occidental.

Esto significa que a la luz del Convenio 169 de la OIT los jueces de control de garantías del sistema judicial colombiano no podrán imponer medidas de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario a ningún sujeto perteneciente a pueblo indígena que se encuentre bajo la competencia de la justicia ordinaria, lo cual supone, a la luz del ordenamiento internacional, que el sistema penitenciario nacional no podrá acoger como interno a procesados que se hallen bajo esta condición que los cualifica como procesados en condiciones especiales.

Esa misma restricción aplica para los jueces de conocimiento, quienes no podrán disponer el cumplimiento de la sentencia de los condenados en centros de rehabilitación penitenciaria del sistema judicial ordinario.

En ese sentido, el artículo 10 del Convenio 169 de la OIT frente al punto de las medidas de detención e internamiento en establecimiento carcelario va mucho más allá al prescribir para el sistema judicial la ruptura de la igualdad judicial en materia de medidas cautelares y sanciones cuando se trate de miembros de comunidades indígenas, estableciendo para el sistema judicial la implementación de sanciones alternativas en materia penal que estén en concordancia no solamente con su condición étnica sino también con sus circunstancias sociales económicas y culturales.

En ese sentido, la citada norma afirma:

**Artículo 1.** El presente Convenio se aplica:

a) A los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

b) A los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

**Artículo 9.**

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

**Artículo 10.**

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

2. Deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”.

Precisamente el numeral segundo va más allá en materia de sanciones penales para los miembros de pueblos indígenas, lo cual supone tres problemas para el caso colombiano: el primero, frente al principio de legalidad de las penas; el segundo, relacionado con la violación del convenio internacional por omisión del funcionario judicial en la aplicación de la norma al caso concreto; y el tercero, la conducta del funcionario judicial por inaplicar el convenio, lo cual supone para el funcionario judicial responsabilidad penal por abandonar el contenido normativo que se halla vigente dentro del ordenamiento jurídico nacional.

En relación con el problema que se presenta por violación del principio de legalidad de las penas<sup>10</sup>, la norma advierte que las providencias judiciales en materia penal que impongan sanciones sobre el cuerpo del enjuiciado, destinadas a limitar o privarlo de la libertad, confinándolo en establecimiento carcelario, entrarían en una fuerte contradicción sistemática con el orden jurídico, dado que el convenio excluye a los indígenas de la pena principal —privación de la libertad— y conmina al operador judicial a imponer otro tipo de castigo que en nada afecte el entorno corporal y espacial del enjuiciado.

Pero el asunto resulta mucho más complejo si se tiene en cuenta que la aplicación de penas privativas de la libertad a miembros de pueblos indígenas enjuiciados por la justicia ordinaria —fuera de su jurisdicción especial— implica una violación a la salvaguarda que formula el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, en tanto desconoce el principio de favorabilidad<sup>11</sup> y el debido proceso para el punto de la

---

<sup>10</sup> El principio de legalidad no puede ser interpretado de manera estrecha al punto que desconozca el sentido mismo que dio origen a su elaboración. En efecto, la legalidad es una conquista en el derecho penal que garantiza certeza jurídica, no sólo de la conducta reprochada o de la sanción, sino de la decisión judicial que impone una pena o que absuelve al procesado. Dicho de otro modo, este principio se convierte en una protección de la confianza en el proceso penal, el cual incluye naturalmente la sentencia. De ahí, pues, que, si la pena sólo está determinada en la decisión judicial —antes de la sentencia, la sanción es solamente determinable entre un mínimo y un máximo y será concretada por el juez—, es en la sentencia donde se logra el máximo de certeza jurídica que se propone el Estado de Derecho (Corte Constitucional, sentencia SU-1553 de 2000, MP Jairo Charry Rivas).

<sup>11</sup> “La legislación penal colombiana prevé el principio de favorabilidad penal en el artículo 60. de la Ley 599 de 2000 (nuevo Código Penal), norma que regula el principio de legalidad en toda su extensión. De esa regulación normativa interesan para este estudio dos aspectos: i.) En primer lugar, que la referida inclusión del principio de favorabilidad penal en la norma que regula el principio de legalidad, da cuenta del carácter exceptivo que presenta el primero frente al segundo en el ámbito penal, pues si por el principio de legalidad la norma penal rige hacia el futuro una vez promulgada y de esta forma el juzgamiento penal debe producirse de conformidad con las leyes preexistentes al acto que se imputa, la favorabilidad permite que una norma penal al ser más benéfica al procesado o al delincuente pueda aplicarse en forma retroactiva. ii.) En segundo lugar, que la permisividad o favorabilidad penal que allí se establece se hace igualmente extensiva a todos los procesados y condenados, en este último caso por mandato expreso. La prevalencia de una situación de permisividad o favorabilidad penal en oposición a la correlativa situación restrictiva o desfavorable,

imposición de la pena o *quantum* punitivo. De lo anterior se deduce que los indígenas confinados en cárceles del sistema penitenciario occidental con ocasión de sentencia judicial en firme se encuentran sometidos a penas ilegales pues, como quedó dicho, esa sanción no podrá imponérsele a los procesados que se encuentran bajo las mencionadas condiciones especiales.

A este problema se articula la segunda dificultad planteada, teniendo en cuenta que en la imposición de penas que impliquen la privación de la libertad de miembros de grupos étnicos subyace una violación sistemática y deliberada del Convenio 169 con repercusiones notorias para el Estado colombiano, como consecuencia de la violación de la norma internacional con efectos directos en el sistema judicial.

Esta circunstancia motivará a la Organización Internacional del Trabajo a exigirle al Estado colombiano explicar las razones que tuvo para incurrir en el incumplimiento de la disposición mencionada al momento de procesar a miembros de comunidades indígenas.

La tercera dificultad radica en cabeza de los jueces de la República, quienes por desconocimiento del contenido y alcance de la prohibición

---

supone una sucesión de leyes en el tiempo que logra hacerse efectiva en dos situaciones: i.) frente a las que se encuentren en curso, es decir en los procesos que aún están en trámite en las etapas de investigación y juzgamiento y ii.) en relación con las personas ya condenadas cuya situación jurídica se encuentra consolidada en el tiempo. En este último caso, es obligatorio que la situación ya definida jurídicamente continúe produciendo efectos al momento de la entrada en vigencia de una nueva legislación que varía la normatividad en forma más benéfica, pero sólo en cuanto a la respectiva modificación que puede llegar a introducir en el régimen punitivo dadas las consecuencias que por ello se sigan evidenciando, puesto que en relación con el régimen de la tipicidad la sentencia penal ya ejecutoriada es intangible. En consecuencia, para determinar cuál ha de ser la situación permisiva o favorable en materia penal predicable de situaciones jurídicas consolidadas, cuando han quedado sometidas a los alcances normativos de disposiciones que se suceden en el tiempo —una más favorable que la otra—, es forzoso analizar cada caso en particular, para de ahí definir la aplicación de la disposición que le permita al condenado gozar de los beneficios que le garantiza la aplicación directa del principio constitucional de la favorabilidad, el cual es exigible por el mismo por tratarse de la titularidad de un derecho fundamental” (Corte Constitucional, sentencia T-1343 de 2001, MP Álvaro Tafur Galvis).

El fuero judicial de los pueblos indígenas frente a la justicia ordinaria...

que se inscribe en la Convención habrán incurrido en acciones punibles de prevaricato<sup>12</sup>, afectando notoriamente las garantías procesales de las formas propias del juicio y en abierta vulneración del derecho de los pueblos indígenas al debido proceso judicial en el sistema ordinario.

Lo anterior supone que los jueces colombianos estarían llevando al Estado colombiano hacia una responsabilidad de carácter internacional por vulneración del convenio, que obliga al Estado y a su sistema judicial pero que impunemente los jueces incumplen.

Ahora bien, si la norma internacional determina que deben privilegiarse otras formas de castigo ante el confinamiento, se abre la discusión sobre el elemento antropológico de quien ostenta la condición étnica a partir de dos dimensiones: la inimputabilidad del artículo 33 del Código Penal colombiano y las medidas de seguridad para el tratamiento de inimputables que trata el artículo 76 de la misma disposición.

El debate que se postula desde la inimputabilidad pone en evidencia la contradicción de la ley penal frente al contexto normativo internacional y constitucional, si se tiene en cuenta que la inimputabilidad por diversidad sociocultural que se concibe por el legislador desconoce plenamente las dimensiones de la pluralidad y la cosmovisión de los propios pueblos, concibiendo la etnicidad desde una concepción de inferioridad cultural.

En ese sentido, si la inimputabilidad por diversidad sociocultural deriva en incapacidad del sujeto para comprender el acto constitutivo de delito se estaría aceptando que la condición étnica presupone una limitación mental e incapacidad de comprensión del mundo, lo que, en criterio de la Corte Constitucional, tendría efectos peyorativos y sancionadores de la figura<sup>13</sup>. Contrario es que, si la inimputabilidad mencionada no implica

---

<sup>12</sup> Conducta que se configura cuando el juez o servidor público dicta una sentencia o profiere una decisión judicial que es contraria a la ley. Esa misma conducta sucede cuando esos agentes dejan de aplicar la ley en situaciones específicas, en cuyo caso se dan dos modalidades del delito, una referida con el prevaricato por acción y el segundo en la modalidad de omisión.

<sup>13</sup> Corte Constitucional, sentencia T-1105 de 2008, MP Humberto Antonio Sierra Porto.

incapacidad mental del individuo y por tanto su acto no deviene de una imposibilidad para comprender lo que hace, ello obedece a la diferencia que se postula en su concepción y comprensión del mundo, de su cosmovisión diferente.

Así las cosas, es posible proscribir todos los efectos que suscita la inimputabilidad por diversidad social, manteniendo en plena vigencia todas las virtudes que devienen de la condición étnica, y de paso la protección de la pluralidad y la diversidad cultural.

Desde esta perspectiva, la Corte Constitucional asumió la discusión determinando que las normas sustanciales mencionadas no se ajustan a la concepción antropológica y cultural que predica el texto constitucional, y en concordancia con ello tampoco se ajustan a la concepción étnica del convenio.

Así las cosas, si conforme a la Carta, todas las culturas son iguales, parece inconstitucional que la ley defina como inimputable a quien incurre en un error cultural en la valoración de un comportamiento, y no comprende entonces su ilicitud, pues esa calificación tiene inevitablemente una connotación despectiva en contra de las culturas minoritarias. En efecto, la inimputabilidad significa aquí que quien no comparte los valores dominantes de la sociedad y del ordenamiento penal nacional es entonces equiparado a un inmaduro psicológico, o su diversidad cultural es asimilada a un trastorno mental, del cual la persona debe ser curada. Por ello esta Corporación ya había indicado que la calificación de las minorías culturales como inimputables vulneraba el carácter multiétnico y pluricultural de la sociedad colombiana. Dijo entonces esta Corte en relación con los indígenas, con criterios que son válidos para las distintas minorías culturales, lo siguiente:

De acuerdo con estas precisiones, es claro que abordar el juzgamiento de un indígena desde la perspectiva de la inimputabilidad no sólo es inadecuado, si no que es incompatible con la filosofía de la Carta Política del 1991, que reconoce la existencia de rasgos diferenciales y particulares de las personas, no de manera despectiva o discriminatoria, si no dentro del marco de una sociedad multiétnica y multicultural,

donde el reconocimiento de las diferencias contribuye al desarrollo de los principios de dignidad humana, pluralismo y protección de las minorías. Tampoco sería admisible pretender equiparar al indígena con los demás miembros de la sociedad, como podría derivarse de la actitud paternalista que el Estado está obligado a brindar a los inimputables, pues en una nación que reconoce constitucionalmente la diversidad cultural, ninguna visión del mundo puede primar sobre otra y menos tratar de imponerse.

Ahora bien, el término con que empieza el artículo 96 del Código Penal también es desafortunado, pues las medidas de seguridad persiguen fines de “curación, tutela y rehabilitación”, que dentro de un régimen penal de pretendida validez universal, buscan “sanar a la persona, restablecer su juicio y lograr su readaptación al medio social”. Decir que se aplicará una medida de seguridad al indígena que en razón de su diferencia cultural no comprende el carácter perjudicial de su conducta, es desconocer que el indígena es un ser normal que no está afectado por ninguna insuficiencia síquica, que requiera ser “curada o rehabilitada”. En ningún momento le es dable al Estado interferir en los parámetros culturales del individuo señalando, desde su punto de vista, las pautas que se debe seguir para “corregirlo”. Este tipo de interferencia restaría eficacia al reconocimiento constitucional del pluralismo como pilar axiológico de nuestro Estado Social de Derecho, además de pretender desarrollar un concepto de sujeto referido a características que se creen “naturales” en el grupo que las predica”.

No quiere decir lo anterior, que el indígena que es juzgado a la luz del derecho penal, deba ser tratado siempre como alguien que conocía y comprendía la ilicitud de un acto. Por el contrario, de lo que se trata, es de cambiar la perspectiva del análisis, ya no fundada en un concepto de inmadurez psicológica, sino en la diferencia de racionalidad y cosmovisión que tienen los pueblos indígenas. El juez, en cada caso, debe hacer un estudio sobre la situación particular del indígena, observando su nivel de conciencia étnica y el grado de influencia de los valores occidentales hegemónicos, para tratar de establecer si conforme a sus parámetros culturales, sabía que estaba cometiendo un acto ilícito. De determinarse la falta de comprensión del contenido y alcance social de su conducta, el juez deberá concluir que ésta es producto de una

**DIFERENCIA** valorativa y no de una **INFERIORIDAD** en las capacidades intelecto-volitivas.<sup>14</sup>

Es posible que sobre los pueblos indígenas se construyan miradas excluyentes a partir de las diferencias de su mundo con el contexto occidental (Banting y Kymlicka, 2007: 86) y en virtud de ello se generen diversas maneras de reflexionar en derredor de ellos, de su aspecto ético, de sus prácticas, de su organización social y política, pero de ninguna manera esa cosmovisión que asumen los pueblos autoriza para que lleguen a ser considerados como individuos mentalmente inferiores, inferiores en términos sociales e inmaduros por no comprender el mundo occidental.

Por lo tanto, esos elementos considerados por el Código Penal para etiquetar la diversidad cultural y étnica con el rótulo de inferioridad multidimensional o disminución mental por aspectos culturales desconoce la capacidad de autodeterminación de esos pueblos fundada en sus propios valores y creencias, e igualmente desconoce el reconocimiento constitucional que reciben estos pueblos sobre otras posibilidades de mirar el mundo a partir de su formación cultural como individuos étnicamente estructurados.

El artículo 10 del convenio propone, por un lado, la seguridad de mantener vigente en todo momento el reconocimiento de la dimensión antropológica, cultural y social del individuo indígena sometido a juicio en el sistema general. Por el otro, afirma la seguridad jurídica y las formas propias del juicio para estos individuos en materia de imposición de penas.

En ese sentido, la Corte, al resolver el problema planteado por el artículo 33 del Código Penal, decide aclarar los términos de la expresión diversidad sociocultural como condición de inimputabilidad y en la sentencia de constitucionalidad C-370 de 2002 termina declarando la exequibilidad del artículo, condicionada a lo siguiente:

- i) la inimputabilidad no se deriva de una incapacidad sino de una cosmovisión diferente, y ii) que en casos de error

---

<sup>14</sup> Sentencia T-496 de 1996, MP Carlos Gaviria Díaz, consideración 2.3.2.

invencible de prohibición proveniente de esa diversidad cultural, la persona debe ser absuelta y no declarada inimputable, conforme a lo señalado en esta sentencia.

Como sustento argumentativo de la decisión la Corte precisa:  
[...]

25- Las anteriores consideraciones parecen llevar a la siguiente conclusión: las disposiciones demandadas son inconstitucionales por vulnerar la igualdad, el principio de proporcionalidad y el reconocimiento constitucional del pluralismo, y por ello deberían ser retiradas del ordenamiento, en el entendido de que en esos casos debe absolverse, por error de prohibición culturalmente condicionado, a aquel indígena, o miembro de un grupo cultural con autoridad reconocida por el Estado, que realice una conducta típica y antijurídica, pero no haya tenido, por su particular cosmovisión, capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento, o posibilidad de determinarse con base en esa comprensión.

Sin embargo, algunos podrían considerar, como lo hacen varios intervinientes, que el anterior razonamiento es equivocado pues la interpretación adelantada en los fundamentos anteriores de esta sentencia es errónea, ya que el Código Penal vigente no prevé expresamente el error de prohibición por diversidad cultural, y por ende, si se declara la inexecutable de las disposiciones acusadas, el resultado sería peor para los indígenas y los miembros de esos grupos culturales, ya que serían declarados imputables y su comportamiento quedaría sujeto a una pena, en muchos casos privativa de la libertad. Entra pues la Corte a estudiar este reparo. [...]

35- En tales circunstancias, con el fin de evitar que personas con cosmovisiones distintas a la mayoritaria a nivel nacional, puedan afectar bienes jurídicos considerados importantes por la ley nacional, el Estado, en vez de utilizar la criminalización para imponer los valores mayoritarios, puede recurrir a otros instrumentos, como formas de diálogo intercultural, que permitan un progresivo respeto y entendimiento entre las distintas culturas que forman la nación colombiana (CP art. 70). Y en ese ámbito, el propio proceso penal, que eventualmente conduzca a la declaración de inculpabilidad por un error culturalmente condicionado o a la declaración de inimputabilidad, puede perder su connotación puramente

punitiva y tornarse un espacio privilegiado de diálogo intercultural. Esta Corporación ya había señalado esa importancia de los diálogos interculturales en el desarrollo de los procesos judiciales que puedan afectar a personas con distinta cosmovisión. Así, la sentencia SU-510 de 1999, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, Fundamento 4º, refiriéndose a los fallos de tutela, pero con criterios que son válidos para los otros procesos, y en especial para los casos penales, señaló al respecto:

“En este sentido, considera la Corte que en aquellos eventos en los cuales resulta fundamental efectuar una ponderación entre el derecho a la diversidad étnica y cultural y algún otro valor, principio o derecho constitucional, se hace necesario entablar una especie de diálogo o interlocución —directa o indirecta (Por ejemplo, a través de los funcionarios, expertos y analistas que conozcan, parcial o totalmente, aspectos de la realidad cultural que resultará eventualmente afectada o, en general, de la problemática sometida a la consideración judicial)—, entre el juez constitucional y la comunidad o comunidades cuya identidad étnica y cultural podría resultar afectada en razón del fallo que debe proferirse. La función de una actividad como la mencionada, persigue la ampliación de la propia realidad cultural del juez y del horizonte constitucional a partir del cual habrá de adoptar su decisión, con el ethos y la cosmovisión propios del grupo o grupos humanos que alegan la eficacia de su derecho a la diversidad étnica y cultural. A juicio de la Corte, sólo mediante una fusión como la mencionada se hace posible la adopción de un fallo constitucional inscrito dentro del verdadero reconocimiento y respeto de las diferencias culturales y, por ende, dentro del valor justicia consagrado en la Constitución Política (C.P., Preámbulo y artículo 1º)”.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2002, MP Eduardo Montealegre Lynnett.

El fuero judicial de los pueblos indígenas frente a la justicia ordinaria...

Al quedar condicionado el texto del artículo 33 del Código Penal en los términos antes mencionados, la Corte Constitucional excluyó de esa disposición el artículo 73<sup>16</sup> y el numeral 4 del artículo 69<sup>17</sup> de la misma norma, en cuyo caso se excluye la intervención punitiva del Estado en el caso de indígenas infractores de la ley penal, siempre que el indígena no haya comprendido el alcance de su conducta en virtud de la diferencia de su propia cosmovisión.

Quiere decir lo anterior que la reintegración al medio cultural que fijaba la ley penal del individuo étnico no operará como medida de seguridad, como tampoco podrá intervenir sobre el cuerpo del sujeto para imponer sanción o castigo por la vulneración de la ley.

De otro lado, la Corte considera que es posible también condicionar el alcance de la figura de la inimputabilidad a fin de eliminarle su sentido sancionatorio y su connotación despectiva. Para ello, debe tenerse en cuenta que las medidas de seguridad para los inimputables tienen, como lo señala el propio artículo 5° del estatuto penal, funciones de protección, curación, tutela y rehabilitación. Ahora bien, la Corte entiende que la declaración de inimputabilidad por diversidad cultural no puede pretender la curación o rehabilitación de quien es diverso culturalmente, pues no se trata de “curar” a esa persona de su especificidad cultural ya que eso sería pretender homogeneizar culturalmente a todos los colombianos, lo cual es contrario a los principios y valores constitucionales.

---

<sup>16</sup> “Artículo 73. INEXEQUIBLE. *La reintegración al medio cultural propio*. Cuando el sujeto activo de la conducta típica y antijurídica sea inimputable por diversidad sociocultural, la medida consistirá en la reintegración a su medio cultural, previa coordinación con la respectiva autoridad de la cultura a la que pertenezca. Esta medida tendrá un máximo de diez (10) años y un mínimo que dependerá de las necesidades de protección tanto del agente como de la comunidad. La cesación de la medida dependerá de tales factores. Se suspenderá condicionalmente cuando se establezca razonablemente que no persisten las necesidades de protección. En ningún caso el término señalado para el cumplimiento de la medida podrá exceder el máximo fijado para la pena privativa de la libertad del respectivo delito”.

<sup>17</sup> “Artículo 69. *Medidas de seguridad*. Son medidas de seguridad: 1. La internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada. 2. La internación en casa de estudio o trabajo. 3. La libertad vigilada. 4. INEXEQUIBLE. *La reintegración al medio cultural propio*”.

La Constitución en los artículo 7 y 8 reconoce que no sólo Colombia es una nación pluriétnica y pluricultural, sino que además la cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad (Sieder, 2002: 137), y el Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las personas que conviven en el país (CP art. 70). Debe entonces entenderse que la declaración de inimputabilidad y la eventual medida de seguridad no pueden tener un carácter sancionatorio, ni de rehabilitación o de curación, sino que tienen exclusivamente, en estos casos, una finalidad de protección y tutela de quien es culturalmente diverso.

Por consiguiente, la constatación de que se haga judicialmente que una persona es inimputable por diversidad socio cultural no tendrá el sentido peyorativo de considerarlo un incapaz, sino que exclusivamente el funcionario judicial constata que esa persona tiene una cosmovisión diversa y por ello amerita una protección especial, tal y como lo ordena la Constitución en su artículo 8.º

Conforme al planteamiento formulado por la Corte, el punto de las sanciones a los miembros de comunidades indígenas va mucho más allá de la simple prohibición de confinamiento penitenciario y carcelario<sup>18</sup>. El hecho de que su inimputabilidad tenga como fundamento la cosmovisión del individuo significa que, de llegarse a establecer que con ocasión de ello no le era posible comprender que su acto era ilícito o contrario a las leyes generales —derecho occidental—, el individuo no podrá recibir ni siquiera tratamiento especial de los que prescribe el artículo 76 del Código Penal para los inimputables<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> “El inimputable por razones de diversidad cultural **responde penalmente** y el proceso, mientras el legislador no armonice la jurisdicción indígena con la nacional, debe llevarse hasta su culminación (salvo que existan causales de cesación o preclusión) pero no se le impone ninguna medida de seguridad. Es un caso de responsabilidad sin consecuencias penales. En otro contexto distinto, el art. 75 del Código Penal, que regula el trastorno mental transitorio sin base patológica, previó una solución similar. El inimputable puede permanecer en nuestro ámbito cultural” (Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2002, MP Eduardo Montealegre Lynett).

<sup>19</sup> “El proceso penal tendría varias finalidades: a) Un propósito garantista, al permitir la exoneración de responsabilidad del inimputable, cuando se demuestre la atipicidad de su conducta o la existencia de una causal de justificación o inculpabilidad. b) Establecer un diálogo multicultural, para explicarle la diversidad de cosmovisión y la

El fuero judicial de los pueblos indígenas frente a la justicia ordinaria...

La exclusión de las medidas de seguridad para miembros de comunidades étnicas como instrumentos de tratamiento frente al delito y la prohibición de confinamiento carcelario del numeral 2 del artículo 10 del Convenio 169 de la OIT ofrece la siguiente interrogante para el operador de justicia: ¿qué mecanismo alternativo de tratamiento debe recibir el individuo étnico sujeto a un proceso criminal?

En ese sentido, habría que apelar a los tratamientos tradicionales que aplica el pueblo al que pertenece el sujeto enjuiciado, y que ello sea ejecutado por las autoridades propias de la comunidad, quienes serían los encargados del cumplimiento de la sentencia que profiera la justicia ordinaria, en el supuesto que se ha venido formulando.

De acuerdo con el desarrollo jurisprudencial de la Corte, el derecho constitucional fundamental al reconocimiento y debida protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas ofrece, por un lado, una protección de carácter colectivo y otra de carácter individual. La primera pretende amparar al pueblo indígena como sujeto de derecho, mientras que la segunda ampara a los individuos que forman parte de esa comunidad, cuya protección constituye la garantía para hacer efectiva la protección del derecho colectivo que se radica en cabeza de la comunidad étnica<sup>20</sup>.

## **5. El compromiso con los derechos humanos y el respeto por el Convenio 169 de 1989**

Colombia se constituyó en Estado parte del convenio desde el año 1991, fecha en la cual entró en vigor la norma, para ser aplicada en nuestro

---

circunstancia de que su conducta no es permitida en nuestro contexto cultural. Este diálogo tiene fines preventivos, pues evita posibles conductas lesivas de los bienes jurídicos. c) Permitir que las ‘víctimas’ del delito, tengan la oportunidad de ejercer sus derechos constitucionales y legales, y d) Durante el transcurso del proceso, el inimputable por diversidad sociocultural no podrá ser afectado con medida de aseguramiento en su contra, ni con ninguna de las medidas de protección para inimputables” (Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2002, MP Eduardo Montealegre Lynett).

<sup>20</sup> Corte Constitucional, sentencia T-1105 de 2008, MP Humberto Antonio Sierra Porto.

derecho interno, y conforme al linaje de las normas internas se ubica por encima de las disposiciones contenidas en las leyes nacionales y, para el caso en discusión, del Código Penal y de la ley instrumental en materia criminal.

Colombia es miembro de un gran número de organizaciones internacionales que buscan la protección y garantía de los derechos humanos —entre ellas, la OIT—. Las obligaciones que ha contraído en ese ámbito son exigibles por partida triple: pueden reclamarlas organizaciones como tales (en virtud del tratado constitutivo), los Estados y, lo más importante, los individuos (Barié, 2003: 58). En cualquiera de los casos es el Estado el llamado a corregir lo que, en su orden interno, contradiga el propósito y fin de los acuerdos internacionales, y es responsable por el cumplimiento del tratado en todo el territorio<sup>21</sup>.

De igual forma, resulta primordial señalar, para efectos del asunto bajo examen, lo dispuesto en el artículo 9 superior, según el cual las relaciones exteriores del Estado se basan “en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia”. Esta máxima fundamental —consagrada así por el constituyente— significa ni más ni menos que nuestro país se acoge en un todo a los principios del derecho internacional que han sido aceptados, no sólo dentro de los parámetros de los tratados públicos (ya sean éstos bilaterales o multilaterales), o de los acuerdos suscritos dentro del marco de los organismos internacionales a los cuales el Estado ha adherido —en particular, la Organización de la Naciones Unidas (ONU)—, sino también a aquellos que se derivan de los usos y costumbres internacionalmente consagrados.

Una vez perfeccionado el vínculo jurídico internacional, el tratado ley trasciende del ámbito nacional y, por tanto, se regula por los postulados del orden jurídico internacional encontrándose también conforme con el principio fundamental de reconocimiento con plena validez y vigencia a

---

<sup>21</sup> Corte Constitucional, sentencia T-568 de 1999, MP Carlos Gaviria Díaz.

El fuero judicial de los pueblos indígenas frente a la justicia ordinaria...

los efectos de que de él se derivan y con la norma fundamental *pacta sunt servanda*<sup>22</sup>.

Por tanto, si Colombia es parte del convenio, y en virtud del principio de derecho internacional mencionado, está obligado a atender el contenido de la disposición y hacer realidad la misma en el marco de los procesos judiciales adelantados por la justicia ordinaria, en los que se encuentren vinculados miembros de comunidades indígenas o pueblo tribales.

Cabe indicar que la disposición invocada del Convenio 169 de la OIT hace parte integral del llamado bloque de constitucionalidad, cuya jerarquía se ubica en un estadio superior a las disposiciones adjetivas y sustantivas que regulan los asuntos de carácter penal, por lo que su no aplicación daría al traste con las obligaciones del Estado colombiano frente al contexto internacional y lo haría responsable por el incumplimiento de las obligaciones a las que está sujeto por el tratado que aquí se invoca, como quedó dicho en precedencia.

De todas maneras es necesario apelar a la indagación del espíritu y el sentido que se le atribuyó a todo el marco normativo contenido en el convenio, con el propósito de efectuar una interpretación adecuada de la disposición, especialmente en las dimensiones relacionadas con el alcance de su contenido. Para tal efecto, el operador de justicia deberá acudir a los denominados travaux préparatoires, dicho en otras palabras, a los documentos que sirvieron de sustento a la discusión y negociación del instrumento con los Estados negociadores. Además, habrá de efectuarse una lectura sistemática del mismo donde se involucren todas las disposiciones nacionales relacionadas con el enjuiciamiento criminal, tomando como base referencial los principios constitucionales y los derechos constitucionales fundamentales al reconocimiento y debida protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas.

De acuerdo con el contenido de los travaux préparatoires del Convenio 169 —contenidos en los Informes Sobre el Convenio No. 107 para los

---

<sup>22</sup> Los tratados internacionales deben cumplirse obligatoriamente por las partes.

años 1988 y 1989 y en los Informes de la Comisión de Expertos— ni en las propias disposiciones del convenio se menciona, ni siquiera de manera alusiva, que debe someterse a los miembros de los pueblos indígenas a un tratamiento penitenciario para la sanción de las faltas cometidas a la ley general. En dicho contexto se concluye que los miembros de comunidades indígenas sometidos a juicio por parte de los jueces ordinarios gozan de especial atención bajo la advertencia expresa de que no podrán ser incorporados al sistema penitenciario y carcelario para el cumplimiento de medidas cautelares de privación de la libertad, como tampoco podrán ser condenados a penas de confinamiento en establecimientos carcelarios, privilegiándose así otras formas de sanción sin que ello implique que sean sometidos a medidas de seguridad de las prescritas en el artículo 76 del Código Penal.

Vale la pena precisar que el Proyecto de Declaración Americana Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (OEA/Ser/L/V/II.95. Doc.6, Feb. 26, 1997) expresa que sus disposiciones también se aplican simétricamente a otros pueblos “cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otras secciones de la comunidad nacional, y cuyo status jurídico es regulado en todo o en parte por sus propias costumbres o tradiciones o por regulaciones o leyes especiales” (Artículo I, numeral 1). Es decir, los pueblos tribales según la definición dada por el Convenio 169 de la OIT.

### **Bibliografía**

- Banting, Keith y Will Kymlicka. *Derechos de las minorías y estado de bienestar*. México: UNAM (2007).
- Barié, Cletus. *Pueblos Indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama* (2 Ed.). La Paz: Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, Abya Yala, Banco Mundial-Fideicomiso Noruego (2003).
- Clavero, Bartolomé. *Ama Llunku, Abya Yala: constituyencia indígena y código ladino por América*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (2000).
- Colmenares, Ricardo. *Los derechos de los pueblos indígenas*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana (2001).

El fuero judicial de los pueblos indígenas frente a la justicia ordinaria...

- García, Jorge Mario. *Constituciones iberoamericanas: Guatemala*. México: UNAM (2006).
- Giraudó, Laura. *Ciudadanía y derechos indígenas en América Latina: poblaciones, estados y orden internacional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (2007).
- González, Jorge Alberto. *Constitución y derechos indígenas*. México: UNAM (2002).
- Hernández, Julio. *Realidad jurídica del indígena guatemalteco*. Guatemala: Universitaria USAC (1965).
- López-Bassols, Hermilo. *Derecho internacional público contemporáneo e instrumentos básicos*. México: Porrúa (2003).
- Ordóñez, José Emilio. *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas: XIII Jornadas Lascasianas Internacionales*. México: UNAM (2005).
- Sieder, Rachel. *Multiculturalism in Latin America: Indigenous Rights, Diversity and Democracy*. Nueva York: Palgrave (2002).
- Stavenhagen, Rodolfo. *Los pueblos indígenas y sus derechos*. México: UNESCO (2009).

#### **Documentos de organizaciones**

- Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Proyecto Fortalecimiento de la Capacidad de Defensa Legal de los Pueblos Indígenas en América Central.
- Organización de Naciones Unidas (ONU). Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Oficina en Colombia. *Interpretación de las normas internacionales sobre derechos humanos: observaciones y recomendaciones generales de los órganos de vigilancia de los tratados internacionales de derechos humanos de las Naciones Unidas*. Bogotá: Organización de las Naciones Unidas (2002).
- Organización Nacional de Naciones Unidas (ONU), Alto Comisionado para los Derechos Humanos. *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional: Derechos humanos, Derecho Internacional humanitario, Derecho penal internacional*. Bogotá: Organización de las Naciones Unidas (2003).

