

# EL INDIGENA ANTE EL DERECHO PENAL

## Testimonio de una afrenta socio-cultural\*

*Alirio Sanguino Madarriaga\*\**

### 1. EL INDIGENA COLOMBIANO COMO TESTIMONIO SOCIO-POLITICO

#### 1.1 ASPECTOS DEMOGRÁFICOS

Según investigación realizada por el Instituto Indigenista Interamericano, en el año de 1978 existían en el territorio colombiano 547.000 indígenas, equivalentes al 2.2% de la población nacional. De ellos 421.000 aparecen reseñados como población con economía autosuficiente y de organización tribal, dedicados al cultivo de tubérculos, a la caza, pesca y recolección. El resto de la población indígena, es decir, 126.000, se delimita como comunidad vinculada a la sociedad nacional y de organización campesina<sup>1</sup>.

\* Ensayo galardonado con el primer premio en el concurso "Luis Fernando Vélez Vélez" creado por el Acuerdo Superior 106 del 22 de agosto de 1988 de la Universidad de Antioquia.

\*\* Abogado titulado de la Universidad de Antioquia y ex juez de Instrucción Criminal.

1. MAYER, Enrique y MASFERRER, Elio. La población indígena de América en 1978. *En*: América Indígena: Órgano del Instituto Indigenista Interamericano. Vol. XXXIX. Nº 4. México, 1979; p. 221.

Existen otras estadísticas que proporcionalmente señalan una población indígena inferior, con una diferencia de años relativamente escasa. DARIO FAJARDO<sup>2</sup> suministra el siguiente cuadro comparativo:

Fuente	año de referencia	población ind.
Censo Nacional	1938	100.422
Censo Nacional	1951	157.791
Censo Nacional	1964	119.180
Obras misioneras	1971	150.280
Instituto Lingüístico de Verano	1971	163.000
Departamento Nacional de Planeación	1971	280.000
Ministerio de Gobierno	1966	297.000
INCORA	1971	344.000

La antropóloga NINA S. DE FRIEDMANN afirma que a finales del siglo XIX, de cuatro millones de colombianos, que habitaban el territorio nacional, aproximadamente 500.000 eran indios. "Actualmente al borde del año 2.000, los indígenas apenas alcanzan a ser 440.000 en un total de 25 millones. Es decir, que el porcentaje de indígenas colombianos bajó del 13% al 1.7% en ochenta años. El significado de estas cifras es nada menos que el desastre demográfico entre los indígenas es una constanter"<sup>3</sup>.

## 1.2 MECANISMOS OPROBIANTES COMO POLITICA INDIGENISTA

La política indigenista nacional ha estado rubricada por el término *violencia* desde hace más de quinientos años de dependencia y discriminación. La política integracionista de la época actual pretende incorporar a la población indígena a la sociedad dominante, proletarizándolos e integrándolos a las clases sociales explotadas (los campesinos, los obreros). Proletarización que se traduce en un empobrecimiento creciente y en una marginación que afecta a todos los niveles (social, económico, político, cultural, etc.).

¿Cuáles han sido los efectos más representativos de la política indigenista patrocinada, en su mayor parte, por el Estado? En primer lugar, la *aculturación*;

2. FAJARDO, Darío. Datos censales sobre la población indígena colombiana. p. 39. En: FAJARDO, Darío et al. *Ayer y Hoy de los indígenas colombianos*. Bogotá, DANE, 1971.

3. DE FRIEDMANN, Nina S. Derechos Humanos y minorías étnicas. En: *Magazín Dominical de El Espectador*, Bogotá. (20, nov., 1983); p. 6.

en segundo lugar, el *despojo de las tierras*; y en tercer lugar, la *educación evangelizadora*.

### ⇒ 1.2.1. La aculturación

Desde la llegada de los españoles a nuestras tierras, el objetivo de la política indigenista ha sido la integración de las poblaciones autóctonas al nuevo sistema, entiéndase: nuevo sistema de producción, nueva religión, nueva cultura vehiculizada por el castellano, para que estas poblaciones estuvieran en condiciones de servir a la corona. Actualmente, la conquista continúa bajo el eufemismo de integración, apoyándose en el dualismo de la sociedad. Según esta teoría, "en América Latina coexisten una sociedad tradicional y una sociedad moderna; la primera está "atrasada" y tiene que integrarse a la segunda para acceder al desarrollo"<sup>4</sup>.

Durante muchos años la extinción física y cultural de los indígenas en América, se rotuló como un resultado del llamado proceso de *aculturación*, en el marco del contacto cultural entre el aborígen y las gentes portadoras de costumbres y creencias occidentales. Este proceso se definió en los Estados Unidos alrededor de 1935, como aquel fenómeno que resulta "donde los grupos de individuos que tienen culturas diferentes toman contacto continuo de primera mano, con los consiguientes cambios en los patrones de la cultura original de uno de los grupos o ambos"<sup>5</sup>.

NINA S. DE FRIEDMANN considera que debe utilizarse el término *deculturación* para señalar aquel proceso a través del cual un grupo humano en contacto con otro, cuya cultura no es solamente dominante de manera agresiva, sino que la dinámica de su agresividad es destructiva y, por ende, el grupo es obligado a dejar sus propias tradiciones culturales y sociales, sin retener su identidad, a la vez que se le induce a su desaparición física, y *aculturación*, cuando existe adquisición de patrones culturales, por una o por las dos culturas envueltas en el contacto.

En Colombia —dice esta autora—, el proceso de deculturación sigue siendo la fase final del contacto entre muchas de las sociedades indígenas y la sociedad

4. BARRE, Marie, Chantal. *Ideologías indigenistas y movimientos indios*. México: Siglo XXI editores, 1983. p. 85.

5. DE FRIEDMANN, Nina S. Indianidad y Anti-indianidad en el indigenismo. En: *Magazín Dominical de El Espectador*, Bogotá. (12, oct; 1975); p. 1.

dominante nacional. El proceso, a lo largo de la historia nacional desde la llegada española hasta los tiempos actuales se ha llamado indistintamente: la empresa de la 'pacificación' de los indios durante la conquista, o la empresa contemporánea de la 'integración indígena' que ha ocasionado resultados comparables<sup>6</sup>.

¿Qué ha suministrado la "civilización" a los pueblos aborígenes?: la distorsión de su economía, desviando su concentración de las necesidades vitales de la población local y dirigiéndola hacia la producción de artículos lucrativos en los centros metropolitanos, externos a la región. En lo social, la "civilización" ha significado la imposición de relaciones socio-económicas, como el esclavismo, la servidumbre, el colonato y otras formas de explotación humana. Espiritualmente los indígenas han sufrido la negación de sus creencias, la destrucción de sus tradiciones, el desprecio de sus costumbres, viéndose forzados a negarse a sí mismos y a los valores más altos de su raza, para afirmar en cambio —sin convicción— la superioridad de los racionales blancos.

Quítese a un indígena su tierra —dice CASTILLO CARDENAS—; hágasele depender de la voluntad del blanco para su subsistencia; incúlquesele su inferioridad cultural y racial; oblíguesele a abandonar sus costumbres o a practicarlas a escondidas; hágasele sentir vergüenza de sus propios padres, y el resultado será la miseria indígena.

Pero, ¿no es precisamente esto lo que ha hecho la civilización? No es pues el aislamiento de la sociedad, sino los efectos destructores de ésta sobre los pueblos indígenas lo que ha precipitado su destrucción física y su tortura espiritual. En el colonaje a que han estado sometidos por 450 años, es donde debe buscarse la raíz y la causa del genocidio de pueblos y culturas indígenas, cuyo rescate parece ya un vano intento<sup>7</sup>.

Dadas las condiciones impuestas por la civilización colombiana, la integración significa necesariamente que los indígenas lleguen a ser peones de los ricos que se han apoderado de sus tierras, que sus mujeres y sus hijas se conformen con ser sirvientas en las casas de los colonos blancos, y que los indígenas menos aptos engruesen los contingentes de limosneros en los pueblos y ciudades del país. "Siendo esta la perspectiva de la integración —dice CASTILLO—, no podemos menos que admirar la lucha tenaz de algunas co-

6. DE FRIEDMANN, Nina S. Indianidad y Anti-indianidad en el indigenismo, op. cit. p. 1.

7. CASTILLO CARDENAS, Gonzalo. Los indígenas y la civilización: Tribus como víctimas. En: *Magazín Dominical de El Espectador*, Bogotá. (25, oct; 1970); p. 4.

munidades indígenas por recuperar sus tierras... pero la inconsciencia nacional y el efecto implacable del sistema socio-económico hacen que la lucha por las tierras esté conduciendo al exterminio de los indígenas. Comunidades enteras mueren luchando"<sup>8</sup>.

Evidentemente la aculturación ha producido una crisis en el complejo cultural indígena, de enormes consecuencias. La tendencia a olvidar su propio idioma, el abandono del traje autóctono, la pérdida gradual de la dependencia de la tierra para dedicarse a otros oficios, en especial al comercio, el desplazamiento social y territorial, son realidades que, sin lugar a dudas, demuestran perturbaciones sociales y desajustes psicológicos individuales.

¿Cómo interpretan los propios indígenas, este aspecto de la política indigenista?

Denuncia de la política integracionista:

La política del gobierno con los indígenas es la de integrarnos, es decir, acabamos como indígenas para volvernos campesinos sin tierras, obreros sin trabajo, o mendigantes en las ciudades...<sup>9</sup>

Política que los integra a la sociedad nacional, pero en sus aspectos más negativos: proletarización rural, proletarización urbana, mendicidad, etc.:

Denuncia de la demagogia indigenista:

La política indigenista del Gobierno siempre se ha caracterizado, por un lado, por desatar una brutal represión contra nuestras organizaciones y contra nuestros compañeros indígenas y colaboradores, y por el otro lado, por todo un raudal de promesas incumplidas, palabras huecas, festivales folclóricos para el consumo del turismo, y programas que se quedan a la mitad del camino, debido a la incapacidad o a la mala fe de los funcionarios oficiales<sup>10</sup>.

8. *Ibid.*, p. 5.

9. III Congreso Nacional de la ANUC. Bogotá, del 31 de agosto al 4 de septiembre de 1974. Resoluciones del CRI.

10. Unidad Indígena, mensual del CRI, N.º. 8., oct 1975. p. 2.

## Denuncia de la explotación cultural:

Somos explotados económica y políticamente por los gamonales y politiqueros, quienes nos ven como fácil presa para sus festines electorales, para luego usar "pájaros" a sueldo contra nosotros.

Somos explotados culturalmente, porque nuestras costumbres están siendo usadas con fines económicos... Nuestra lengua está siendo usada por entidades como el Instituto Lingüístico de Verano para cambiar y vender nuestras creencias. Se preparan maestros indígenas que luego vienen a luchar contra nuestra organización indígena. Se quiere avergonzar a nuestros hijos de usar la lengua y se quiere hacernos más "castellanos"<sup>11</sup>.

## Denuncia de la concepción etnocentrista:

Los proconsules internos de nuestros países nos han negado la capacidad de gobernarnos, pues consideran que los sistemas democráticos son de su exclusividad. Para ellos, nosotros los indígenas somos una suerte de hombrecillos sin capacidad de gobierno, que deben ser guiados de la mano a la senda de la civilización. Se ha puesto en entredicho, entonces, con un concepto etnocentrista, de la llamada civilización occidental, judeocristiana, la capacidad de nuestros pueblos para la autodeterminación, una incapacidad que estaría fundada por diferencias raciales, culturales, históricas, etc.<sup>12</sup>.

### 1.2.2. El despojo de tierras

El despojo de las tierras y la explotación del indígena comenzó con la conquista y con ella la *encomienda*. Un grupo de indígenas sujeto a un colono, conquistador o misionero, le prestaba servicios en el campo; en contrapartida recibía la catequización. Esta institución existió hasta principios del siglo XIX. En el año de 1561 se crearon los *resguardos*. Consistía en asignar a un grupo de indígenas un territorio, mediante el pago de tributos agrarios y artesanales.

11. Documento presentado por el Consejo Regional Indígena del Cauca (CRI), al Foro Nacional por los Derechos Humanos, celebrado en Bogotá del 30 de marzo al 1º de abril de 1979. En: Documentos Testimonios. Bogotá: Fondo Editorial Suramérica, 1979. p. 198 y ss.

12. Declaración del Movimiento Indígena de Colombia. En: *Magazín Dominical de El Espectador*, Bogotá, (9, oct., 1988); p. 14.

Es manifiesta la diferencia que existe entre la relación con la tierra que tienen los indígenas y la que tienen otros hombres dentro de la población. Toda comunidad indígena tiene y mantiene todo un código de normas de diversa especie que se aplican a la tenencia y a la conservación de la tierra, como importante elemento en el fenómeno de la producción, como asidero de la existencia familiar y base territorial para la existencia de su pueblo como tal. Toda la gama de consideraciones emocionales, culturales, espirituales y religiosas, se actualizan al considerar la relación con la tierra.

El indio no comprenderá jamás aquello de *tener derecho* a la tierra, —dice PASTOR— no piensa en ello ni quiere pensar. El sólo siente que su tierra es su vida misma, que con ella le une íntima y ancestralmente un vínculo de sangre. El indio, pues, no siente que es propietario de su tierra, sino hijo de ella. Y esta disposición síquica individual adquiere mayor profundidad en el caso colectivo. Así las comunidades ofrecen una complicada extremación antro-telúrica<sup>13</sup>.

¿Cómo entienden los indígenas colombianos el valor que representa para ellos su tierra? Un dirigente de la comunidad ARHUACA de la Sierra Nevada de Santa Marta, afirma:

Para nosotros los indígenas, la tierra es como la madre y nadie que tenga su propia madre quiere ultrajarla, o quiere hacer negocio con la propia madre... No podemos tener a la tierra como un objeto de negocio, no podemos tenerla como un elemento para pasarla de mano en mano, sino guardarla porque ella es sagrada... Al hombre blanco lo que le interesa es el dinero. A nosotros sí nos gusta el dinero, pero sabemos que a nuestra madre no podemos venderla. Ella nos da la subsistencia, lo mismo que cuando uno ha sido un bebé que se ha criado en el seno de la mamá de uno, sigue uno igual manteniéndose de ella<sup>14</sup>.

### 1.2.3. La educación

El apostolado cumplido por los misioneros entre los grupos indígenas ha sido motivo, en distintas épocas de fuertes y candentes controversias. En más de una

13. PEREZ, Luis Carlos. *Criminología*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1950. p. 352-353, nota N° 1.

14. Los Arhuacos de la Sierra Nevada: Los Dioses de la Guerra. En: *Magazín Dominical de El Espectador*, Bogotá. (7, agosto, 1983); p. 10.

ocasión se ha dicho que los misioneros contribuyen a "civilizar" a los pueblos nativos del nuevo mundo, mediante la enseñanza y difusión del castellano, de la religión cristiana y, en general, de las características culturales del mundo occidental. No obstante, hoy en día encontramos que el punto de vista de los indígenas —conscientes de la situación— es adverso a los resultados de la acción evangelizadora; pues, responsabilizan al misionero de haber sido uno de los causantes de su destrucción, a partir del momento en que se comenzó a imponer la religión y la cultura del conquistador, a exterminar sus tradiciones y religión, a expropiar sus tierras y a explotar su trabajo en las granjas misionales.

La actividad evangelizadora estuvo, al comienzo, a cargo de misioneros católicos. En años recientes se ha multiplicado la afluencia de nuevos catequizadores con ideas protestantes y procedentes de contextos culturales diferentes. Esto es importante tenerlo en cuenta por las variadas influencias que han repercutido de manera nefasta en sus prosélitos. Hoy en día se puede encontrar, en un mismo grupo de indígenas practicantes de religiones distintas con una gran confusión mental que ha causado conflictos interpersonales y a veces intertribales<sup>15</sup>.

El etnocentrismo ha sido la característica predominante de los misioneros —dice SAAVEDRA ROMAN—, tanto católicos como protestantes. Se hace evidente, en el mismo momento en que violentan —imponiendo un nuevo Dios— todo un sistema de mitos, creencias y ritos, construido por los indígenas a través de miles de años y con base en múltiples experiencias logradas en su *hábitat*...

La educación escolarizada implantada por los misioneros, ha desubicado totalmente al indígena de su propia cultura. Los nuevos conocimientos que supuestamente adquiere, sólo le han ocasionado desadaptación, confusión y actitudes ambiguas. Más aún cuando no le ofrecen utilidad alguna para resolver problemas, o cuando no los puede aplicar en el medio donde vive<sup>16</sup>.

15. En el Vaupés han actuado la Congregación Monfortiana (1914, Católicos); seguida, en años posteriores por la Worldwide Evangezation Cruzade (1945, protestantes); Los Padres Javerianos de Yarumal (1948, católicos); La New Tribes Mission (protestantes) y el Instituto Lingüístico de Verano (protestantes).

16. ROMAN SAAVEDRA, Alvaro. Misioneros e Indígenas: La educación crea dependencia y confusión. En: *Magazín Dominical de El Espectador*, Bogotá. (18, dic., 1977); p. 3. Cfr., además, UMAÑA PAVONI, Fernando. El Instituto Lingüístico de Verano: Los Nuevos Conquistadores. En: *Magazín Dominical de El Espectador*, Bogotá. (17 abr., 1977); p. 1-3.

Sobre este aspecto educacional, los indígenas han formulado sus críticas:

Los representantes de las comunidades indígenas recordamos el papel que han jugado las misiones católicas desde la llegada de los españoles para cambiarnos la mentalidad y hacernos aceptar los intereses de los "civilizados", destruyendo nuestra propia civilización; abriendo el camino para los colonos, negociantes y cacharrereros, así como para las entidades del gobierno. En muchas parte han logrado acabarnos y nos han obligado a refugiarnos en las peñas y en lo más hondo de las selvas después de apoderarse de nuestras tierras<sup>17</sup>.

Los indígenas de la comunidad ARHUACA también tienen su propia explicación:

El sentido real de la lucha es la defensa propia de las creencias, de la tradición, de la religión propia. La religión nuestra es diferente a la religión católica. A más de eso, la religión católica no es solamente catequizar al indígena sino quitarle todos sus valores, hacerle olvidar todos los derechos que le corresponden y al fin dejar al indígena como en la nada; como si el indígena fuera un objeto que no vale nada. El dominio de los misioneros siempre ha sido exterminar al indígena, sacarlo de su medio, de su mundo, por medio del dominio que ellos han venido imponiendo a través de todos estos siglos, desde la conquista<sup>18</sup>.

## 2. SISTEMATIZACION DOCTRINARIA Y LEGISLATIVA EN EL DERECHO COMPARADO

### 2.1. POSTURAS DOCTRINARIAS

Evidentemente el tema objeto de estudio, es de aquellos en los cuales no existen bases uniformes que permitan la conformación de posiciones doctrinarias firmes y sólidas. El concepto mismo de indígena conlleva aparejado afinidad de manifestaciones, que pretenden interpretar una realidad etnocultural, cuya importancia se ha-

17 Conclusiones del Encuentro Indígena celebrado en Bogotá, del 1º al 4 de septiembre de 1974, en desarrollo del Tercer Congreso de la Asociación de Usuarios Campesinos (ANUC), En: *Hacia la Unidad Indígena*. Bogotá, 1974. p. 10.

18. Los Arhuacos de la Sierra Nevada: Los Dioses de la Guerra, Op. cit. p. 8.

lla condicionada a factores de existencia poblacional indígena, enmarcada en específicos contornos geográficos, donde han logrado superar el avasallante poder sojuzgador de la política integracionista y aculturalista de los estados políticos misionales, heredadas con todas sus secuelas del dominio español.

La importancia de la discusión está condicionada, creemos, a parámetros poblacionales. No es lo mismo hablar del problema indígena en países como México, Perú, Guatemala, Bolivia y Ecuador, que reúnen más de 24 millones de indígenas, que representan aproximadamente el 30% de la población total de esos países; que en naciones como Brasil con una población indígena que no alcanza el 0.2%, Costa Rica con 0.6%, Argentina con 1.5%, Venezuela con 1.5%, etc. Esta circunstancia explica que tampoco las entidades estatales se hubiesen interesado en fijar políticas indigenistas, desde el punto de vista cultural y jurídico.

Tratadistas de la talla de JIMENEZ DE ASUA, jamás fijaron posiciones precisas y cuando intentaron hacerlo, no dudaron de manifestar que lo hacían "bajo el signo de múltiples reservas y con tales caracteres de provisionalidad que me hallo dispuesto a rectificar al primer reparo que se me oponga", dijo. "Es un tema este del indio, que siempre me pareció ingente y que sólo puede abordarse por quien lo ha tratado de cerca"<sup>19</sup>.

Conviene anotar que las referencias doctrinarias, que seguidamente destacaremos, fueron sustentadas por sus autores, en su mayoría, en épocas regidas por concepciones jurídico-políticas diversas, de las que hoy nos gobiernan. Creemos que no es honesto evaluar críticamente teorías ya superadas, amparados en postulados vigentes.

Estamos convencidos de que el problema penal del indígena colombiano, debe resolverse recurriendo a nuestra propia normatividad, siguiendo de cerca las enseñanzas jurisprudenciales y doctrinarias, que se han producido al respecto. Ello nos obliga a abordar este capítulo, con un criterio meramente expositivo e ilustrativo.

### 2.1.1. Criterios predominantes

En dos grupos principales podríamos clasificar las diversas opciones que se han tejido en torno al problema que nos ocupa: Un *primer grupo*, conformado

19. JIMENEZ DE ASUA, Luis. El Derecho Penal de los indios. p. 265 y 269, En: El Criminalista, 2 ed. Tomo IV. Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina, 1951.

por quienes consideran que el problema indígena debe ser tratado y resuelto a partir de las normas generales que consagran los estatutos punitivos para todas las personas. Un *segundo grupo*, integrado por los opositores al anterior. La calidad de indígena impide la aplicación dicen de preceptos legales expedidos con el fin de expedir conductas de personas que se desenvuelven en un medio social y cultural muy diferente.

### 2.1.2. Aplicación indiferenciada de la ley penal al indígena

Este que hemos llamado *primer grupo*, se halla representado, entre otros por, DURAN P., quien se opone a las tesis proteccionistas que defienden algunos críticos y legislaciones, por considerarlas carentes de asidero y producto de sentimientos humanitarios respetables, pero exagerados.

En el aspecto propiamente penal —dice DURAN—, y dentro de la tesis proteccionista, es insostenible la posición de los que piensan que el indio debe ser declarado inimputable simplemente por el hecho de ser tal. Y mucho más, la de considerarlo en *estado peligroso*. El indio, salvo excepciones que también pueden presentarse en otras capas sociales, está en condiciones de ser imputable y responsable<sup>20</sup>.

Concluye este autor, afirmando que no es posible construir una teoría de la incapacidad del indio en materia penal, "sino que su situación en este aspecto, debe ser resuelta dentro del problema de la inimputabilidad en general, contemplando —eso sí— su condición especial, conforme a sus características personales, en cada caso particular"<sup>21</sup>.

En el mismo orden de ideas, LOPEZ-REY afirma que el círculo cultural del indio le suministra los elementos de juicio necesarios para saber que los delitos que él comete más frecuentemente (homicidios, lesiones, violación, atentados contra la propiedad) son hechos punibles, por lo cual podría suponerse en él una imputabilidad respecto de ellos, desde que el derecho penal no exija en el delincuente una identificación plena con las pautas valorativas vigentes, sino apenas una incorporación mínima al ordenamiento jurídico imperante. Es posible, pues,

20. DURAN P., Manuel. El indio ante el Derecho Penal. En: Revista Jurídica de Buenos Aires. Nos. III-IV. Buenos Aires, 1962: p. 186 y ss.

21. *Ibid.*, 187.

partir de una imputabilidad genérica del indígena, que puede ser negada en casos especiales y mediante excepciones también genéricas<sup>22</sup>.

En México, CENICEROS<sup>23</sup> se queja de las nefastas consecuencias que dejan las legislaciones que pretextando inferioridad intelectual de las razas indígenas frente al blanco, fomentaron medidas de tipo especial que, aunque protectoras en muchos aspectos, mantuvo esas razas en secular minusvalencia que detuvo el proceso de su adaptación a una cultura más organizada y viva. La solución correcta al problema, "no puede ser sino la unidad legislativa en todos los órdenes, pero especialmente en el penal, ya que el delito no es acto de razas, sino de hombres"<sup>24</sup>.

JIMENEZ DE ASUA cree que construir un derecho penal propio para los indígenas equivaldría a modificar un axioma democrático, del cual no es fácil desprenderse, "si no queremos arriesgar muchas cosas caras a la libertad. En resguardo y en condición de ella se proclama la igualdad ante las leyes"<sup>25</sup>.

### 2.1.3. Tratamiento diferenciado para el indígena

Conforman este grupo quienes prefieren un tratamiento preferencial para el indígena. Desde hace casi cincuenta años se viene reproduciendo y criticando la ponencia que no alcanzó a ser discutida en el Segundo Congreso Latinoamericano de Criminología, celebrado en Santiago de Chile, en 1941 y preparado por MEDRANO OSSIO. Considera este autor que el indígena americano, debe ser considerado y estudiado antes que como un ente extraño, como un ser humano, eso sí, que vive al margen de las actividades sociales y políticas. "Es un ser inadecuado a todos los artificios de la sociedad actual, porque adolece de una timidez congénita y de una tristeza absoluta, inconsciente. Su calidad de miembro activo dentro del Estado es un mito; su calidad de ciudadano una mentira"<sup>26</sup>.

Desde el punto de vista del derecho penal positivo dice este autor, el indígena no puede ser considerado como idéntico a los demás, porque no está jurídicamente

22. LOPEZ-REY, Manuel. Introducción al Estudio de la Criminología. Tomo II. Buenos Aires: Editorial El Ateneo, 1945. p. 277-282.

23. CENICEROS, José Angel. Nota Preliminar. p. 307-308. En: MEDRANO OSSIO, José. Responsabilidad Penal de los Indígenas. En: Revista de Ciencias Penales. Año VIII. No. 5. México, 1942.

24. *Ibid.*, p. 308.

25. JIMENEZ DE ASUA, op. cit. p. 268.

26. MEDRANO OSSIO, Op. cit. p. 318 319.

mente adaptado al medio social donde actúa sojuzgado; se halla al margen de la civilización a la cual han llegado los pueblos.

Los indígenas —dice MEDRANO— van al delito debido a su inadecuación jurídica dentro del medio, sumada a su vez a cierta incapacidad mental por falta de medios educativos, que acondicionen su vida, deben ser considerados todos estos sujetos de manera especial frente al delito y frente al derecho penal... la clase indígena por sus antecedentes psicológicos, por la inferioridad en que se debate en competencia con las demás clases, por su realidad social; deben ser considerados *inimputables* por el delito cometido, y la pena infecunda debe ser sustituida por medidas sicopedagógicas, psiquiátricas y otras que hagan del individuo un ser inocuo, un ser incorporado definitivamente a la actual civilización<sup>27</sup>.

En este grupo podemos ubicar a quienes claman porque los grupos indígenas no integrados a la civilización occidental, no deban ser regidos por leyes ajenas a su cultura, elaboradas por el hombre "civilizado". A este respecto YRURETA presenta la que ha llamado primera solución<sup>28</sup> la exigencia de que "la sociedad dominante reconozca como vigentes y válidas las normas de conducta social y de sanciones que imperen en los diferentes grupos aborígenes, y permita que ellas sean aplicadas por los mismos órganos que tienen establecidos para tal efecto"<sup>29</sup>.

Se apoya esta autora venezolana en algunas declaraciones internacionales, especialmente en la Conferencia Internacional sobre discriminación contra poblaciones indígenas en América (Organización no gubernamental), celebrada en Suiza en 1977, que recomienda "que las leyes y costumbres tradicionales de los pueblos indígenas deberían ser respetadas, inclusive la jurisdicción de sus propios órganos de justicia y los procedimientos para aplicar sus leyes y costumbres"<sup>30</sup>. También en el Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), firmado en Ginebra en 1957, que señala entre otras cosas, que "en la medida compatible con los intereses de la colectividad nacional y con el ordena-

27. *Ibid.*

28. Presenta YRURETA dos soluciones. Además de la que analizamos, considera que subsidiariamente puede recurrirse a las causales de inculpaibilidad. Cfr., *supra* 2.1.4.

29. YRURETA, Gladys. El Indígena ante la Ley Penal. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1981. p. 117.

30. *Ibid.*, p. 118.

miento jurídico del país: a) los métodos de control social propios de las poblaciones en cuestión deberán ser utilizados, en todo lo posible, para la represión de los delitos cometidos por miembros de dichas poblaciones; y b) cuando la utilización de tales métodos de control no sea posible, las autoridades y tribunales llamados a pronunciarse deberán tener en cuenta las costumbres de dichas poblaciones en materia penal<sup>31</sup>.

Un remoto antecedente de esta posición, se encuentra en el *Proyecto de LE-VINGSTON* para Louisiana de comienzos del siglo pasado, en cuyo artículo 43 estipulaba:

“Las tribus indias que residen dentro de los límites de este Estado se gobiernan por sus propias costumbres; ningún acto cometido por los individuos de estas tribus en sus relaciones entre ellos o con los de otras tribus, es considerado como una violación del presente Código; pero en cuanto a todas las otras relaciones, estos individuos son como todos los habitantes de este Estado, protegidos o punidos por la Ley que les gobierna<sup>32</sup>.”

#### 2.1.4. La Inculpabilidad como fórmula de solución

Aunque en términos generales esta variante puede ser ubicada en el *primer grupo*, hemos considerado pertinente destacar esta fórmula, que radica la solución del problema penal del indígena en el ámbito de la inculpabilidad. Tesis defendida por ZAFFARONI en Argentina, YRURETA en Venezuela y BENITEZ, con el respaldo de FERNANDEZ CARRASQUILLA en nuestro país.

Sobre este tópico plantea ZAFFARONI:

Por nuestra parte hemos expresado reiteradas veces que el indígena puede ser inimputable por las mismas causas que puede serlo el que no es indígena, pero nos negamos rotundamen-

31. *Ibid.*, p. 119-120. En sentido similar, cfr., MENDOZA, José Rafael. Estudio Jurídico-Penal y penitenciario del indio. En: Mendoza, José Rafael et al. Estudio Jurídico-Penal y penitenciario del indio. 2 ed. Madrid, ediciones Cultura Hispánica, 1956.

32. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. P.G. Vol. IV. Buenos Aires: Ediar, 1982. p. 204. Claramente inspirado en el citado proyecto, estaba el Código nicaragüense de 1837, cuyo artículo 14 rezaba: “Las tribus de indígenas salvajes que existen dentro del territorio del Estado, están exceptuadas de las disposiciones del anterior artículo, con tal que los delitos declarados que cometan, sean dentro de sus confines, y no sean ofensivos a la Nación o al Estado, en cuanto a los principios fundamentales de su sistema, o la independencia o integridad de su territorio” (*Ibid.*).

te —enfatisa— a considerarlo inimputable por el hecho de pertenecer a otra cultura. La única razón que puede justificar semejante actitud es la de asumir la posición de conquistador y considerar que nuestra propia cultura es la superior y que las restantes deben desaparecer por inferiores... semejante criterio, que no puede ser más brutal a la luz de una mínima consideración a la dignidad humana, sería inadmisibles entre nosotros, por afectar el principio de igualdad ante la Ley<sup>33</sup>.

Considera este autor que la situación penal del indígena que ejecuta conducta descrita en la ley penal como delito, debe ser resuelta a través de una causal de inculpabilidad: dentro del *error de prohibición directo*. Trabaja con el concepto de autor “consciente” o “por conciencia”, “autor por convicción” o autor por “conciencia disidente”, que es aquél que obra en función de un imperativo de su ética individual, diferente de los valores jurídicamente objetivados: sus valores subjetivos son diferentes a los valores subjetivos del legislador o grupo de poder dominante objetivados jurídicamente<sup>34</sup>.

Se pregunta este tratadista, si existe algún caso de autoría por conciencia que tenga el efecto de excluir la culpabilidad. Lo encuentra en el supuesto de que el esfuerzo que hubiese debido realizar el autor fuese de magnitud tal que surja claramente su inexigibilidad jurídica y, por ende, quede excluida la reprochabilidad. Supuesto que nos llevaría “a un caso de error de comprensión que sería un invencible error de prohibición”. Ello es posible —afirma— “cuando la dificultad para la comprensión está *condicionada culturalmente*. Al sujeto que conoce la norma prohibitiva, pero que la puede internalizar por razones culturales, por regla general no se le puede reprochar esa falta de internalización (comprensión)”<sup>35</sup>.

Si pensamos en un sujeto nacido y crecido en una comunidad indígena, con sus moldes culturales —frecuentemente bien complejos—, que lleva a cabo las inhumaciones conforme a su ritual, pero en violación de las leyes vigentes, bien puede conocer esas leyes y saber que las inhumaciones en esas condiciones pueden propagar una enfermedad peligrosa, y quedar eventualmente in-

33. ZAFFARONI, Op. cit. p. 202-203.

34. *Ibid.* p. 199. Esta conciencia disidente o autoría por conciencia será siempre, al menos, una causa de disminución de la culpabilidad.

35. *Ibid.* p. 200.

curso en la tipicidad del artículo 203. No obstante, el sujeto no podrá internalizar (comprender) la antijuridicidad de su conducta, porque frente a la importancia del ritual funerario, el riesgo le parecerá siempre mínimo y no podrá exigírsele que lo comprenda de otra manera<sup>36</sup>.

La venezolana YRURETA plantea como solución subsidiaria correcta<sup>37</sup>, para resolver el problema planteado recurrir a causales de inculpabilidad:

La solución técnicamente apropiada —afirma— para eximir de pena a un indígena que en un caso concreto no estuvo en la posibilidad que su acción estaba reprobada por el ordenamiento jurídico nacional, es acudir a una causa de inculpabilidad basada en ausencia del conocimiento de la antijuridicidad de la acción. Y conforme a la amplitud con que opere el error de prohibición excusante en la teoría, la inculpabilidad puede ser declarada, tanto cuando el indígena no integrado ignoraba que su acción contravenía las reglas penales vigentes, como también cuando el supuesto que las circunstancias de hecho permitían la realización legítima de la acción que se le imputa (por ejemplo, si creyó que estaba autorizado a matar al brujo como manera de defenderse de sus conjuros<sup>38</sup>).

En nuestro país, BENITEZ sigue de cerca esta posición. En su lugar oportuno nos referiremos a ella<sup>39</sup>.

## 2.2. UBICACION LEGISLATIVA

A nivel latinoamericano, solamente los países de Perú, Bolivia y Colombia, han estructurado normas punitivas en sus respectivos estatutos, que pretenden regular el comportamiento indígena desde el punto de vista punitivo. Este desinterés legislativo por regular el problema indígena, se deberá acaso porque haya desaparecido la población aborigen, o será que las normas generales compren-

36. *Ibid.*

37. Cfr. *infra* acápite 2.1.3.

38. YRURETA, Op. cit. p. 130. La exención de responsabilidad penal debe concretarse a cada caso en particular, pues no puede extenderse a todos los hechos que el indígena pueda cometer (*Ibid.*).

39. Los países americanos con mayor población indígena son: México con ocho millones (12.4% de la población total nacional); Perú con seis millones (36.8%); Guatemala con cuatro millones (60 %); Bolivia con tres millones y medio (59.2%) y Ecuador con dos millones y medio (33.9%).

den, sin problemas interpretativos la situación que nos hemos planteado? En el año de 1978, existían aproximadamente 29 millones de indígenas, concentrados en su mayoría en los países de México, Perú, Guatemala, Bolivia y Ecuador<sup>39</sup>. Seguidamente nos referiremos a los estatutos de Perú y Bolivia. En cuanto a Colombia, dedicaremos una parte importante de este trabajo<sup>40</sup>.

### 2.2.1. Código penal peruano de 1924

El Código Penal peruano vigente desde el 28 de julio de 1924, dispone en sus artículos 44 y 45:

Art. 44: Tratándose de delitos perpetrados por salvajes, los jueces tendrán en cuenta su situación especial, y podrán sustituir las penas de penitenciaría y de prisión por la colocación en una colonia penal agrícola, por tiempo indeterminado, que no excederá de 20 años.

Cumplidos dos tercios del tiempo que según la ley correspondería al delito si hubiere sido cometido por un hombre civilizado, podrá el delincuente obtener libertad condicional si su asimilación a la vida civilizada y su moralidad lo hacen apto para conducirse. En caso contrario, continuará en la colonia hasta que se halle en esta situación o hasta el vencimiento de los 20 años.

Un reglamento del poder ejecutivo determinará las condiciones de vida de los salvajes colocados en colonia penal, que serán organizados en el propósito de adaptarlos en el menor tiempo posible al medio jurídico del país.

Art. 45: Tratándose de delitos perpetrados por indígenas semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo, los jueces tendrán en cuenta su desarrollo mental, su grado de cultura y sus costumbres, y procederán a reprimirlos, prudencialmente, conforme a las reglas del artículo 90. Podrán así mismo, en estos casos, sustituir las penas de penitenciaría y de relegación por la colocación en una colonia penal agrícola por tiempo indeterminado no mayor que el correspondiente al delito, señalando el plazo especial en que el condenado está autorizado a obtener libertad condicional con arreglo al Título VII. Podrán también

40. Cfr. *supra*. 3. EXPOSICION DE LA PROBLEMÁTICA JURIDICO PENAL DEL INDIGENA EN LA LEGISLACION PENAL COLOMBIANA.

reemplazar la pena de prisión según el procedimiento permitido en el art. 42<sup>41</sup>.

Respecto de éste caben las siguientes observaciones:

Divide a la población peruana en "hombres civilizados", "indígenas semicivilizados" y "salvajes", que denota un acentuado etnocentrismo, que estigmatiza al "no civilizado", como si el hombre que se considera civilizado, fuera el prototipo de la cúspide cultural.

Se deja al arbitrio del juez sustituir las penas de penitenciaría y de prisión, por la colocación en una colonia penal agrícola, cuando el infractor fuere un salvaje, atendiendo a su "condición especial". ¿Esa condición especial o situación especial, estará relacionada con aspectos como la enfermedad mental, la idiotez, la alteración de la conciencia, o no poseer en el momento de obrar plena facultad de apreciar el carácter delictuoso de su acto o de determinarse según esta apreciación, señalados por el artículo 85 como causas que eximen de pena? No parece que sean, porque ellas en nada permitirían la asimilación del indígena "salvaje" a la "vida civilizada"; lo que permite aseverar que esa supuesta "condición especial", tiene que ver con la calidad misma de indígena, es decir, al desconocimiento absoluto de los patrones culturales y éticos imperantes en la "sociedad civilizada".

En cuanto a los indígenas semicivilizados, el arbitrio del juez queda enmarcado por los conceptos que tenga de "desarrollo mental", "grado de cultura" y "costumbres" y según el grado de desenvolvimiento y desarrollo de éstos, "podrá disminuir la pena prudencialmente hasta los límites inferiores al mínimum legal", cuando no concurren los "requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad" (Art. 90), en los casos que señala el art. 85<sup>42</sup>, o sustituir las penas de penitenciaría y de relegación por la de colocación en una colonia agrícola por tiempo que no exceda al correspondiente al delito.

Señala HURTADO POZO que el legislador peruano "optó por una concepción 'asimilacionista', es decir, consideró al derecho penal como un medio ten-

41. BUSTOS RAMIREZ, Juan y VALENZUELA BEJAS, Manuel. Derecho Penal Latinoamericano comparado. Tomo III. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1983. p. 459-460.

42. El numeral 1o. del artículo 85 expresa: Están exentos de pena: "1) El que comete el hecho punible en estado de enfermedad mental, de idiotez, o de grave alteración de la conciencia, y no posee en el momento de obrar la facultad de apreciar el carácter delictuoso de su acto o de determinarse según esa apreciación".

diente a incorporar a la 'civilización' a los grupos de personas que se conservaban fuera de ésta".

Con ello trata de "hacerlo bueno", mediante la inculcación de las buenas costumbres y de los principios morales imperantes<sup>43</sup>.

Al lado de las disposiciones del Código Penal, se hallan vigentes otras que resaltan la importancia de "las costumbres, tradiciones, creencias y valores socio-culturales de las comunidades", para resolver algunos conflictos y controversias en procesos civiles y penales, tramitados en tribunales de justicia comunes o privativos. Tal es el caso del Decreto-Ley N° 20.653, de junio 24 de 1974.

### 2.2.2. Código pena boliviano de 1973

El Código Penal boliviano vigente desde el 2 de abril de 1973, ordena en su artículo 17, que son "inimputables", "5) el indio selvático que no hubiere tenido ningún contacto con la civilización"<sup>44</sup>. Seguidamente el artículo 18, regula la "semiimputabilidad", así:

Cuando los casos a que se refiere el artículo anterior no excluyan totalmente la capacidad de comprender o de querer del agente, sino que la disminuyan notablemente, el juez atenuará la pena conforme al artículo 39 o decretará la medida de seguridad más conveniente.

El juez procederá en igual forma cuando el agente sea un indígena cuya incapacidad derive de su inadaptación al medio cultural boliviano y de su falta de instrucción.

Los juristas MANUEL DURAN P. y RAUL CALVIMONTES, fueron entre otros, los autores del proyecto del Código Penal. En la exposición de motivos, señalan que el indio selvático que no ha tenido ningún contacto con la civilización, debe tenerse como inimputable.

Dicho término comprende a los miembros de todas las tribus salvajes que pueblan los campos y bosques del oriente boliviano. En cambio, es semiimputable el indígena que teniendo con-

43. Cita de YRURETA, Op. Cit. p. 91.

44. BUSTOS RAMIREZ y VALENZUELA BEJAS, op. cit. p. 22 Señala el art. 17, también, como inimputables, los casos de enajenación mental, intoxicación crónica, sordomudez y ceguera y embriaguez.

tacto con la civilización y formando parte de la comunidad, es todavía un inadaptado al medio cultural boliviano y carece de instrucción<sup>45</sup>.

Es criticable que el indígena por su sola condición, sea declarado inimputable, lo que equivale a considerársele inmaduro, incapaz biológica y culturalmente, con relación al hombre civilizado, cuando lo que sucede es que existe en ellos una manera diferente de ver la vida y el mundo.

El artículo 40 del mismo Código, regula "atenuantes generales" de la pena, entre otras, para aquellos casos en que el agente "sea indígena carente de instrucción y se pueda comprobar su ignorancia de la ley". A su vez el artículo 16, señala como causas de inculpabilidad, además del error de hecho, la violencia moral y la obediencia jerárquica, el error o ignorancia de derecho: "El error o ignorancia de la ley no imputable al agente, cuando éste hubiere obrado en la creencia de que su acto era lícito".

Confrontando estas dos disposiciones, YRURETA afirma que "pese al afán manifiesto de los redactores del Código de favorecer a los indígenas carentes de instrucción, cuando éstos obraren con ignorancia de la ley, podría estimar algún intérprete que sólo cabría aplicarles una atenuante. En cambio, cualquier otro individuo que se halle en situación de ignorancia de la ley y en la carencia de que su acto no es punible, debe ser tenido necesariamente como inculpable y dictarse en su favor sentencia absolutoria. Se llega de este modo, a una conclusión, derivada del texto legal, que es absolutamente contraria al propósito de los redactores"<sup>46</sup>.

### 2.2.3. Posible solución ante la ausencia de normas específicas

A excepción de Colombia, Perú y Bolivia, los demás países latinoamericanos carecen de normas especiales aplicables a los indígenas, que puedan incurrir en hechos considerados ilícitos. La solución legal para los indígenas inculpados de delito, deberá ser igual —creemos— a la de cualquier otro individuo nacional que conoce el valor jurídico y ético de los cuerpos normativos penales. En tales casos, estos indígenas solamente podrán ser favorecidos con la aplicación de la

45. Exposición de motivos del anteproyecto de Código Penal para Bolivia. En: Revista de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Tomo I. Oruro (Bolivia); 1965.

46. YRURETA, Op. cit. p. 96.

ley penal, si concurriere respecto de ellos alguna causal eximente o atenuante de responsabilidad, igual a la que podría invocar cualquier otro sujeto<sup>47</sup>.

Podría pensarse en las normas que regulan causas de inimputabilidad o las llamadas circunstancias excluyentes de responsabilidad. Los Códigos Penales expedidos en las últimas décadas, consignan fórmulas que compendian el estado de inimputabilidad a partir de presupuestos patológicos y en la insuficiencia síquica para comprender el carácter ilícito del hecho o para determinarse de acuerdo con esa comprensión.

Así, el CODIGO PENAL DE GUATEMALA, vigente desde 1973, considera que no es imputable:

quien en el momento de la acción, no posea, a causa de enfermedad mental, desarrollo síquico incompleto o retardado o de trastorno mental transitorio, la capacidad de comprender o el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, salvo que el trastorno mental transitorio haya sido buscado de propósito del agente (art. 23-2).

También el CODIGO PENAL DEL BRASIL, con vigencia desde 1969, estipula que:

No es imputable quien, en el momento de la acción o de la omisión, no posee la capacidad de entender el carácter ilícito del acto o de determinarse de acuerdo con ese entendimiento, en virtud de dolencia mental o de desenvolvimiento mental incompleto o retardado (art. 31).

Aún códigos penales como el *argentino*, expedido en 1921, señala que no es punible quien:

no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones (art. 34-1).

47. En igual sentido, YRURETA. *ibid.*, p. 97.

El Código Penal *ecuatoriano* de 1938, previene que "nadie puede ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción, si no lo hubiere cometido con voluntad y conciencia" (art.32)<sup>48</sup>.

En los países que conservan importante población indígena y donde las disposiciones legales no permiten un tratamiento jurídico adecuado a estas personas, la jurisprudencia se ha encargado de morigerar las omisiones existentes en ese sentido. En Chile, por ejemplo, con un Código Penal expedido en 1875, donde solamente se exime de responsabilidad al loco o demente que no haya obrado con un intervalo lúcido, y a quien por causa independiente de su voluntad, se encontrare privado totalmente de la razón (art. 10-1), se conoce el caso de un proceso tramitado en el año 1954, en Valdivia, contra un indígena que dio muerte a su abuela por haberla considerado la causante de la muerte de su hijo, producida a través de hechicerías. La Corte de apelaciones de la jurisdicción, después de hacer un análisis antropológico de las costumbres y creencias indígenas en el poder mágico y maléfico del curandero, que al mismo tiempo es hechicero y brujo, patrón cultural común en todos los pueblos primitivos, consideró que sus nociones sobre las normas de la vida civilizada son elementales apenas y no tienen la fuerza para sobreponerse a sus supersticiones y costumbres aborígenes.

La sentencia examina el concepto jurídico de imputabilidad y lo define, para concluir que dentro de la concepción clásica de imputabilidad que informa el Código Chileno, son esenciales la concurrencia de inteligencia, voluntad y libertad en el sujeto, pues solamente mediante ellas puede comprender y determinar libremente, al punto que quedan excluidos de pena los que cometan un delito en condiciones que los priven de capacidad de comprender y determinarse.

También analiza el concepto de culpabilidad y señala la importancia que para su existencia, tiene la concurrencia concreta de un elemento psicológico y de un juicio valorativo de reproche, declarándose que ella no puede existir si el inculpa-do no es penalmente capaz, o incurrió en error o no se le podía exigir otro modo de obrar. La Corte concluyó que la acusada había obrado constreñida por imperativos que nacían de sus creencias sinceras, en una situación de hecho que consideró amenazante, y privada de inteligencia y libertad<sup>49</sup>.

48. BUSTOS RAMIREZ y VALENZUELA BEJAS, Op. cit., p. 293, 82, 8, 232.

49. En: Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo 52, segunda parte, sección cuarta, julio-agosto 1955; p. 85-102.

Lo anterior, nos permite afirmar que, así no existan normas específicas que regulen la situación jurídica del indígena inculpa-do de delito, las disposiciones generales sobre inimputabilidad y eximentes de responsabilidad permiten, con el apoyo de la interpretación jurisprudencial, resolver adecuadamente esta situación. Puede más la fuerza de la realidad del indígena, que la exégesis de añejas normas, imbuidas de preceptos ya en desuso.

#### 2.2.4. Proyecto de código penal venezolano

En la república de Venezuela han proliferado los proyectos que pretenden sustituir el estatuto que se remonta a 1926<sup>50</sup>. Entre el proyecto de 1941, preparado, entre otros, por el profesor JOSE RAFAEL MENDOZA, donde se eximía de pena al enajenado mental, al menor de dieciocho años, al sordomudo y al *indígena no adaptado*, (art. 23). Para este último se señala como medida de seguridad, la libertad vigilada consistente en la internación "en una casa de trabajo o taller por un tiempo no menor de dos años" (art. 62).

En el año de 1948, se presentó un anteproyecto de Código Penal, por parte del Ministerio de Justicia, elaborado por los doctores LUIS JIMENEZ DE ASUA, JOSE RAFAEL MENDOZA y JOSE AGUSTIN MENDEZ, en cuyo artículo 13 se lee:

El juez podrá declarar inimputable al indígena que cometa un hecho calificado como punible, teniendo en cuenta su incapacidad para comprender o querer, derivada de su inadaptación cultural<sup>51</sup>.

Prosiguen otros proyectos que reproducen la anterior disposición. Hasta que en el año de 1967, corresponde nuevamente a JIMENEZ DE ASUA y a MENDEZ, presentar un nuevo proyecto, que precisa la original fórmula, en los siguientes términos:

50. Información receptada de YRURETA, Op. cit., p. 104 y ss.

51. Sobre este anteproyecto, puntualiza YRURETA que no obstante aparecer la fórmula revestida de fundamentos fácilmente comprensibles, pareciendo resolver las dificultades que presenta el enjuiciamiento penal de indígenas, desde un punto de vista teórico, significa dejar situado el problema en un ámbito de mayor penumbra, "pues si la sola condición de indígena (desconocedor de la ley occidental) no basta para eximir de responsabilidad, es que se está pensando que hay indígenas y hechos que éstos pueden realizar, a los cuales no cabe aplicar una declaración de irresponsabilidad", lo que conduce a que el indígena, haya de ser eximido de pena no en razón de su calidad de tal, sino en razón de las circunstancias concretas en las que realizó el hecho. Op. cit., p. 107.

El tribunal podrá declarar inimputable al indígena que cometa un hecho calificado de punible, teniendo en cuenta su incapacidad de comprender la ilicitud de su acto o de obrar conforme a las normas de derecho (art. 16)<sup>52</sup>.

Este texto fue seguido de cerca por el comisionado GAITAN MAHECHA, quien como miembro de la comisión redactora de 1974 del Código Penal Colombiano, lo presentó a consideración de los demás comisionados<sup>53</sup>.

Considera YRURETA que esta última fórmula resulta etnocentrista, "pues tiene por única cultura a la que inspira las disposiciones del Código Penal"; anota que ella es ambigua, pues hace referencia a la capacidad de comprender y de querer, "siendo que lo principalmente afectado en los indígenas, con relación a ciertos hechos típicos que puede realizar, es la primera"; "creemos —dice— que no se da en los indígenas esa capacidad genérica para comprender el derecho occidental; que éstos comprenden varias de las más graves ilicitudes que el sistema legal contempla, y que por ello, su situación penal debe depender de un hecho concreto que se les atribuya, en el cual, por su diversa concepción del mundo, puede haber dificultad para percibir su antijuridicidad específica"<sup>54</sup>.

### 3. EXPOSICION DE LA PROBLEMATICA JURIDICO-PENAL DEL INDIGENA EN LA LEGISLACION PENAL COLOMBIANA

#### 3.1. UBICACION LEGISLATIVA HASTA EL AÑO DE 1980

##### 3.1.1. Legislación de finales del siglo XIX y comienzos del XX

Una conceptualización cabal del tratamiento legislativo otorgado al indígena colombiano, obliga a la remisión de normas legales, expedidas a finales del siglo XIX y comienzos del XX.

Rotos con España los vínculos que nos ligaban desde la conquista, las relaciones entre el Estado y la iglesia sufrieron intermitentes alteraciones, según fuera

52. Esta fórmula se conservó en el proyecto del Ministerio de Justicia de 1969, en el cual se reemplaza el vocablo "calificado" por "previsto". Un texto idéntico aparece en el proyecto de Código Penal, solicitado por el Congreso de la República, a los doctores JOSE MIGUEL TAMAYO y JORGE SOSA CHACIN, presentado en el año de 1974.

53. Cfr. Acta No. 49, de la sesión correspondiente al día 6 de abril de 1973. En: Actas del nuevo Código Penal colombiano. P. F. Vol. I. Bogotá: Ediciones Pequeño Foro. 1980; p. 297.

54. YRURETA, Op. cit. p. 110.

la legislación e ideología que identificara al gobernante de turno; relaciones que llegaron a su momento más álgido con la Constitución de 1863: se establece la vigilancia o tuición de cultos; se ordena la desamortización de bienes, que afecta económicamente a la iglesia y a las comunidades religiosas, privándolas de medios indispensables para el ejercicio de su apostolado; decreta la disolución de tales comunidades: destierra y apresa a miembros del clero. Este ambiente de pugna entre los dos órdenes, se mantiene hasta 1887, cuando se logran los primeros intentos para restablecer las relaciones. En 1882, éstas se reanudan, concluyendo con el Concordato suscrito el 31 de diciembre de 1887, aprobado por la Ley 35 de 1888.

Mediante el Concordato, el Estado colombiano accedió al cogobierno, en conjunto, con la jerarquía eclesiástica. Por él se reiteró como religión oficial, la religión católica. Igualmente, el Estado colombiano aceptó la plena libertad e independencia de la potestad civil y sin derecho a intervenir, pudiendo la jerarquía eclesiástica y su jurisdicción gobernarse y administrarse con sus propias leyes.

En el año de 1890, se expide la Ley N° 89, que consideró a los indígenas de resguardo, como *civilizados*. Los excluyó de la aplicación de la legislación general de la República y autorizó a los gobernadores de Departamento, para reglamentar aquellos aspectos relativos a los conflictos surgidos como consecuencia de la administración de las tierras por parte de los cabildos indígenas. En materia penal, sin embargo, quedaron cobijados por los estatutos del orden nacional. Característica de esta Ley, fue la del reconocimiento de la costumbre indígena, como fuente de derecho y la exclusión de las tierras de resguardo, de los mecanismos de prescripción, embargabilidad, por parte de los particulares en pleitos civiles, por razón de su posesión o dominio.

En la citada ley, se plasmaron las siguientes disposiciones, sobre clasificación de los aborígenes y la forma como debían ser gobernados:

Art. 1°. La legislación general de la República no regirá entre los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada por medio de Misiones. En consecuencia, el Gobierno, de acuerdo con la autoridad eclesiástica, determinará la manera como esas incipientes sociedades deben ser gobernadas.

Art. 2°. Las comunidades de indígenas reducidos ya a la vida civil tampoco se regirán por las leyes generales de la República...

Pocos años más tarde se expidió la Ley N° 72 de 1892, cuyo artículo 2° dispuso:

El Gobierno reglamentará, de acuerdo con la autoridad eclesiástica, todo lo conducente a la buena marcha de las misiones, o podrá delegar a los misioneros facultades extraordinarias para ejercer la autoridad civil, penal y judicial sobre los catecúmenos, respecto de los cuales se suspende la acción de las leyes nacionales hasta que, saliendo del estado salvaje, a juicio del poder ejecutivo, estén en capacidad de ser gobernados por ellas.

Siguiendo las pautas de estas normas, los indígenas fueron clasificados en tres "categorías": salvajes, semisalvajes y civilizados. Para las dos primeras, no regía la legislación general de la República, y los jueces de éstos, fueron los misioneros, quienes ejercieron jurisdicción civil, penal y judicial. De esta etnocentrista clasificación, habló por primera vez el doctor LUIS ZAFRA MORANTE, en concepto rendido como Procurador Delegado en lo Penal, en casación de 22 de septiembre de 1950<sup>55</sup>.

En concepto rendido por el doctor JORGE GUTIERREZ GOMEZ el 9 de septiembre de 1936, también como Procurador Delegado en lo Penal, sintetizó el contenido de las Leyes 89 de 1890 y 72 de 1892, en lo atinente a la regulación de los indígenas, así:

Para que un indígena pueda quedar fuera del alcance de la legislación general de la República, es necesario que se demuestre su estado salvaje en evolución hacia la vida civilizada por medio de la obra educativa de los misioneros, de acuerdo con las Leyes 89 de 1890 y 72 de 1892.

Y esto es lo justo y natural, porque un ser en estas circunstancias de caos moral e intelectual nunca puede tener el desarrollo físico suficiente para apreciar el acto antisocial (delito) como contrario a las condiciones de existencia de la comunidad a que pertenece, ni llegar al concepto de una voluntaria y maliciosa violación de la Ley.

Es cierto que el artículo 2° de la Ley 89 de 1890 dice que las comunidades indígenas reducidas ya a la vida civil, tampoco se regirán por las leyes generales de la República en asuntos de

55. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente, Dr. Luis Gutiérrez Jiménez. EN: Gaceta Judicial, Tomo LXVIII (2087-88); p. 236.

resguardos; pero ello, como lo ha observado la Corte, se refiere a los resguardos, a las propiedades o patrimonios de los indígenas, siendo, por consiguiente, aplicable a ellos la jurisdicción ordinaria de los jueces para la investigación y castigo de los delitos<sup>56</sup>.

Estas leyes tuvieron su desarrollo a través de decretos, tal es el caso del 614 de 1918, "Sobre Gobierno y Protección de los indígenas no civilizados de la región del Vaupés" y 706 de 1931, que reguló la Prefectura Apostólica de Urabá<sup>57</sup>.

Es destacable en estas normas la mentalidad etnocentrista que estuvo presente en los legisladores, cuando se refirieron a la condición social y cultural del indígena.

Las leyes eran precedidas de un carácter "paternalista" o proteccionista. El misionero protector veía siempre al indio como un sujeto incapaz, circunstancia que aprovechó para explotarlo económicamente. Esta política indigenista, paternalista, ha mantenido a los indios en condición de asistidos, haciéndoles pasar por inferiores respecto a los no indios. El art. 40 de la Ley 89, equiparaba los indígenas a los menores de edad.

### 3.1.2. Proyecto Córdoba de 1927

En el año de 1927, una comisión italiana presidida por ANTONIO CORDOBA, presentó un proyecto de código, basado en su mayor parte en el Código Concha de 1912. El art. 26 de este proyecto, decía:

56. GUTIERREZ GOMEZ, Jorge. Extracto de las Doctrinas Penales de la Procuraduría. Bogotá: Imprenta Nacional, 1943; p. 124-125.

57. El Decreto 614 de 1918, estipulaba en su artículo 1°: "Los indios salvajes de las regiones del Vaupés, no civilizados aún, pero sí reducidos a misiones, no estarán sujetos a las leyes comunes de la República y serán gobernados en forma extraordinaria por los misioneros encargados de su reducción de acuerdo con las facultades que para el ejercicio de la autoridad civil, judicial y penal se les otorgue por este Decreto". Tales facultades para el ejercicio de la autoridad penal estaban dadas por el literal c) del artículo 3°: "Remitir con las seguridades necesarias a la autoridad civil más inmediata a los individuos que hayan cometido delito o falta grave, con la instrucción probatoria o informe correspondiente para que sean juzgados por las autoridades competentes". Quienes cometieren "cualquier otra falta que no revista gravedad contra la moral pública", podían ser castigados hasta en cinco días de "trabajos correccionales suaves", lo mismo que a los ebrios y los rijosos. Según el Decreto 706 de 1931 (art. 3°, literal c), los misioneros estaban autorizados, "en su carácter de directores protectores de los indígenas a castigar con la pena de cinco a noventa días de trabajo correccional suave a los indígenas que cometan faltas o delitos graves contra las personas, la moral o la propiedad ajena, o graves atentados contra la autoridad".

Los indígenas que aún no han sido reducidos a la vida civilizada, se asimilan, cuando delincan, a los menores de edad que deben ser juzgados con arreglo a penas y procedimientos especiales para ello. Los indígenas menores de 18 años no son punibles<sup>58</sup>.

### 3.1.3. Código penal de 1936

El Código Penal de 1936 consagró una responsabilidad derivada del simple hecho de lo que se llamó "actividad sicofísica", sin distinguir entre imputables e inimputables, como no fuese para efectos punitivos. En la *Exposición de Motivos* del articulado presentado al Congreso, como proyecto de Ley, se anotó:

Guiada la Comisión por los principios que informan la doctrina de la defensa social, como los únicos que pueden procurar una eficaz represión de la delincuencia, ha adoptado el de la actividad sicofísica como base de la imputabilidad penal, y ha considerado en consecuencia que no hay razón alguna para que se excluyan de una sanción represiva adecuada los actos de los locos, los anormales, los intoxicados, los menores, etc., que en su condición de seres peligrosos para la sociedad deben también estar sometidos a la acción del Código Penal, de la misma manera que los normales y sanos de mente<sup>59</sup>.

Este estatuto no señaló disposiciones que pudieran aplicarse al indígena que hubiese ejecutado hecho legalmente descrito como delito. Solamente señaló medidas de seguridad, para quienes al momento de cometer el hecho, se hallaren en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra sustancia, o padeciere de grave anomalía síquica (art. 29); las que también eran aplicables a los menores de dieciocho años (art. 30). Esta circunstancia motivó permanentemente controversias sobre el régimen jurídico que debía aplicarse a los indígenas. En este sentido conviene conocer la posición de la jurisprudencia y de la doctrina sobre el tema.

58. CORDOBA, Antonio. Proyecto de Ley de Código Penal. Bogotá: Imprenta Nacional, 1927. p. 23

59. Exposición de Motivos del Código Penal. Bogotá: Imprenta Nacional. Citado por REYES ECHANDIA. La inimputabilidad, Op. Cit., p. 125.

### 3.1.3.1. Posición de la jurisprudencia

Mientras estuvo en vigencia el Código Penal de 1986, la posición de la jurisprudencia puede resumirse a los siguientes fallos: julio 23 de 1984, septiembre 22 de 1950 y mayo 14 de 1971. Dos interrogantes centran la controversia: 1) ¿Era aplicable la Ley 95 de 1936 (Código Penal), a los indígenas "no civilizados", que infringieran la ley penal? y 2) Si la respuesta es afirmativa, ¿qué tratamiento penal debía dárseles, desde el punto de vista de la imputabilidad e inimputabilidad? La Corte Suprema de Justicia, durante la vigencia de este Código, consideró, algunas veces por unanimidad y otras por mayoría, que los indígenas "no civilizados" no eran sujetos activos de la legislación penal.

En fallo de julio 23 de 1948 y con ponencia del doctor DOMINGO SARASTY MONTENEGRO, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, "no invalidó" la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, mediante la cual se condenó al indígena Cruz Mesa Noscué a la pena de ocho años de presidio, por el delito de homicidio. Consideró la corporación que el artículo 1º de la Ley 89 de 1890 y 2º de la Ley 72 de 1892, "no tienen aplicación, ni las leyes de la República dejan de regir, sino cuando previamente se ha demostrado dentro del juicio civil o penal, que la persona que invoca o que se acoge a estos preceptos se halla en un estado salvaje, y que por tal circunstancia, sus actos dentro de la esfera del derecho penal, escapan al control de las leyes de la República para ser regidos por disposiciones aplicables a los indígenas; es decir, de sujetos que no hacen parte de la vida civilizada".

Sostuvo que la aplicación del art. 29 del Código Penal, solamente era aplicable:

Cuando en el auto de proceder se ha hecho la declaración de que el agente al tiempo de cometer el hecho se hallaba en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquier otra sustancia o padeciere grave anomalía síquica, o cuando en los juicios en que interviene el jurado, éste ha hecho tal declaración y que por no ser contraria a la evidencia de los hechos procesales, es acogida por los juzgadores de derecho; en estos casos, es pertinente la aplicación de medidas de seguridad.

¿Cómo se demuestra que un indígena se halla en estado "salvaje o semisalvaje" y que, por lo mismo, no está sujeto a la legislación general de la República? A través de "un examen médico-legal", en el cual se constate por los expertos:

Que el indio es un ser cuyos planos instintivo, afectivo o intelectual no tienen el nivel correspondiente al hombre medio de nuestra civilización, o sea de que no dispone de los elementos síquicos necesarios para valorar sus actos, en sus aspectos moral y social.

En el caso *subjudice* planteado, la Corte consideró al procesado como *indígena civilizado*, porque de sus distintas indagatorias, “se desprende que él tiene conocimiento del idioma castellano, que se expresa con bastante propiedad y que posee nociones éticas relativas al bien y al mal”<sup>60</sup>.

Ya en el año de 1938, el doctor JORGE GUTIERREZ GOMEZ, había conceptualizado como Procurador Delegado en lo Penal, que el “nivel medio de civilización” o el estado de salvajismo de un indígena, debía deducirse de un “examen siquiátrico”. En él deberá establecerse:

Si el acusado dispone de la riqueza necesaria de representaciones para la completa valoración social; si su asociación de representaciones se produce normalmente y con la velocidad normal; si la base afectiva de ella y, por consiguiente, la fuerza motivadora de las normas generales, jurídicas, morales, religiosas, etc., corresponde a la medida media, y si la dirección o vigor de los impulsos de su voluntad no ofrecen nada esencialmente normal, según dice el tratadista VON LISZT<sup>61</sup>.

Viene un nuevo pronunciamiento de la Corte con fecha *septiembre 22 de 1950*, digno de resaltar por los importantes planteamientos que esboza el doctor LUIS ZAFRA MORANTE como procurador delegado en lo penal. Veámoslo:

1) que de acuerdo con lo estipulado en los artículos 1º de la Ley 89 de 1890 y 2º de la Ley 72 de 1892, para efectos jurídicos, los indígenas se clasifican en tres categorías: salvajes, semisalvajes y civilizados. Para las dos primeras categorías, no rige la legislación general de la República y los jueces de estos indígenas son los misioneros; de suerte que, sólo los indígenas civilizados quedan bajo el imperio de las leyes comunes.

60. Gaceta Judicial. Tomo LXIV (2064-65). p. 864-865. Integraron, además, la Sala Penal, los doctores Ricardo Jordán Jiménez, Francisco Bruno, Jorge E. Gutiérrez Anzola y Agustín Gómez Prada.

61. GUTIERREZ GOMEZ, Op. Cit. p. 125.

2) que este tratamiento se justificaba bajo la vigencia del Código Penal de 1890, “estatuto que basaba la responsabilidad del delincuente en el libre albedrío y en el normal ejercicio de sus aptitudes morales e intelectuales” y el indígena salvaje o semisalvaje, carece de estos atributos. Pero no puede plantearse lo mismo en vigencia del Código de 1936, porque éste adoptó “la actividad sicofísica como fundamento de la imputabilidad penal y la peligrosidad como medida de la pena, de tal suerte que ‘no hay razón alguna para que se excluyan de una sanción represiva adecuada los actos de los locos, los anormales, los intoxicados, los menores, etc.’ ”

3) Cita el Procurador los artículos 4º, 11 y 432 del Código Penal<sup>62</sup>, para afirmar que su vigencia, derogó los artículos 1º de la Ley 89 y 2º de la Ley 72, “y no rigen ya, tratándose de infracciones penales cometidas por los salvajes y semisalvajes”.

4) que estos indígenas delincuentes, dada su insuficiencia síquica (moral, intelectual, afectiva) “pueden asimilarse a un retrasado mental o a un menor de edad, como los equipara la expresada Ley 89” y por ende, se les aplica medidas de seguridad.

5) que para que esto sea viable procesalmente, se requiere que en el Auto de Proceder se formule el cargo teniendo al indígena como sujeto anormal y que en los procesos de conocimiento de los jueces superiores, el veredicto de los jueces de conciencia, así lo califique<sup>63</sup>.

A pesar de estos razonables conceptos, la Corte con ponencia del doctor LUIS GUTIERREZ JIMENEZ, retomando las consideraciones del fallo de julio 23 de 1948, *no invalidó* la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín que había condenado a Abel Jumí Dominico a la pena de veinticuatro años de presidio por un concurso de homicidios. Dedujo que el procesado reunía las calidades de *civilizado* porque poseía nociones sobre las cosas, “que entiende el castellano y que tiene conciencia de la responsabilidad que le incumbe por los delitos que realizó”<sup>64</sup>.

62. Conoce la Corte del Recurso de Casación interpuesto por el defensor de Abel Jumí Dominico, condenado por el Tribunal Superior de Medellín a la pena de veinticinco años de presidio.

63. Gaceta Judicial, Tomo LXVIII (2087-88). p. 236.

64. *Ibid.*, p. 238-239. Integraron la Sala Penal, además, los doctores Alejandro Camacho Latorre, Francisco Bruno, Agustín Gómez Prada y Helí Rodríguez (Conjuez).

Este primer rastreo jurisprudencial culmina con el fallo de *mayo 14 de 1971*, mediante el cual se condenó al indígena Célimo Miquirucama a medida de seguridad consistente en "reclusión en una colonia agrícola especial o en un establecimiento industrial" por término mínimo de cuarenta y ocho meses, como responsable del delito de homicidio, por el Tribunal Superior de Villavicencio. Los hechos: el hechicero Francisco González fue muerto con arma de fuego en una localidad del departamento del Meta, cuando en altas horas de la noche se dedicaba a "rezar" a un niño enfermo. Del homicidio se sindicó a Miquirucama, quien reconoció en diligencia de indagatoria la autoría y señaló como motivo el de que González era un brujo que había ocasionado la muerte de sus hijos y de su mujer. El perito médico definió al procesado como "analfabeto con lenguaje limitadísimo para entender preguntas y dar respuestas. Es una persona primitiva, en estado semisalvaje". El Tribunal dio aplicación al artículo 29 y lo consideró un anómalo síquico.

El proceso llegó a la Corte Suprema a través del recurso de casación que interpusiera el Fiscal Primero del Tribunal Superior de Villavicencio. Su tesis: El Tribunal incurrió en error de hecho manifiesto en la apreciación de la pericia médico-legal, pues se condenó al procesado, después de considerársele débil mental o anómalo síquico, cuando la diagnosis médico-legal señaló que se trataba de un semisalvaje, "que de conformidad con la Ley 89 de 1890, artículo 40, vigente, equivale a un menor de edad, cuestión muy diferente de la deducida por el fallador". La norma aplicable no era el artículo 29 del Código Penal, sino la Ley 83 de 1946 y el Decreto 18 de 1964, que regulan las conductas de los menores de edad, porque su falta de evolución social y analfabetismo, no bastan para sustentar la calificación que le dio el sentenciador, equiparándolo a un débil mental<sup>65</sup>.

Interviene el Procurador Delegado en lo penal, quien ratifica y adhiere el concepto rendido por ZAFRA, en casación de septiembre 22 de 1950, el cual fue destacado más arriba<sup>66</sup>.

Se pronuncia la Corte. Con ponencia del doctor JOSE MARIA VELASQUEZ GUERRERO, se *invalidó* la sentencia de segunda instancia, *declaró nulo* todo lo actuado en el proceso y *ordenó la libertad inmediata del procesado*. Motivo: la justicia ordinaria no era competente para conocer de este proceso, por la calidad

65. Gaceta Judicial. Tomo CXXIV (2326-28). p. 305-306.

66. *Ibid.*, p. 307.

de indígena "no civilizado" que ostentaba el procesado. Dos tipos de consideraciones plantea la providencia: jurídicas y antropológicas.

Veamos las consideraciones de tipo jurídico:

1) El imperio de la Ley 89 de 1890, frente al Código Penal, no admite discusiones. Los indígenas salvajes y semisalvajes escapan a la regulación que el estatuto penal apareja a los individuos de condición indígena que se consideran civilizados. No puede negarse —dice la Corte— que existe una legislación incipiente sobre los estados salvajes (leyes 89 y 72). La Ley 89 "los excluyó del principio de la igualdad jurídica y los asimiló a menores de edad, para algunos limitados efectos civiles (art. 40)".

La Ley 89 de 1890, en su art. 1º, es terminante en sus mandamientos. Establece un régimen exceptivo en favor de los salvajes delincuentes y, en general, los divide en tres grandes categorías: salvajes, semisalvajes y civilizados. Sólo para estos últimos se considera imperante la legislación general. Su texto conforma una proposición jurídica completa, claro en su tenor literal, unívoco, operante. Su imperio no admite discusiones.

Ahora bien —señala la Corte— si la Comisión Redactora del Código de 1936, ignoró la existencia de la Ley 89, fue "porque la consideró vigente o porque simplemente no reparó en la presencia de tribus en las condiciones de vida a que se refiere la norma en cuestión. Entre las disposiciones del Código Penal y la Ley 89 de 1890 no se da contradicción alguna, por sustracción de materia".

2) El artículo 2º de la Ley 72 de 1892, resulta claramente contrario a las normas constitucionales que determinan la competencia y los organismos que la ejercitan en la República. Esta disposición suspendió los efectos de la legislación ordinaria para los aborígenes y facultó al gobierno para delegar en los Misioneros la competencia judicial, penal y civil. "La justicia es servicio público de cargo de la Nación", preceptúa el artículo 58 de la Constitución Nacional. Ello implica que no puede existir en Colombia régimen alguno de juzgamiento diverso del que corresponde a los funcionarios de la República.

La combinación de estas dos conclusiones: vigencia de la Ley 89 de 1890 y contrariedad constitucional de la Ley 72 de 1892, se deriva una *tercera conclusión*:

Tiéndose como consecuencia deplorable que la situación de los indígenas en estado salvaje o semisalvaje, cuyos actos se encuentran comprendidos dentro de la esfera penal, carecen de normas represivas y, por la misma razón, de jueces competentes. No sobra advertir que la competencia tiene que estar claramente establecida por la Ley y no es permitido a los jueces estatuir la o deducirla con criterio analógico<sup>67</sup>.

Ahora las consideraciones de tipo antropológico:

Sobre este aspecto, afirmó la Corte<sup>68</sup>:

La diferencia de los salvajes con los hombres cultos radica en el grado de su evolución diferente, que los extraña de un mundo contemporáneo suyo en el tiempo cronológico, cuya tabla de valores obedece a un orden de jerarquía conceptual compleja, de elaboración lenta y difícil, pacientemente trabajado por la historia y procesado con el concurso y experiencia de plurales culturas, de orden de valores, en fin, cuya confrontación demanda la existencia de una personalidad ética, incompatible con el estado salvaje, de contenido social rudimentario, determinante del 'yo indiferenciado' de sus gentes caracterizadas por una complejidad diversa en la forma peculiar y difusa de intuir, sentir y pensar, configurantes de una estructura síquica en que la persona y los objetos se determinan mutuamente<sup>69</sup>.

Seguidamente agrega:

Existencialmente su tiempo no coincide con el mundo civilizado del cual es cronológicamente contemporáneo. Coexiste con él en tiempos diferentes, a la manera como, paradójicamente, pudieran coincidir dos esferas en periferia y volumen, pero con centro distinto... biológicamente coinciden igualmente el hombre primitivo y el hombre civilizado.

67. Gaceta Judicial. Tomo CXXXIV, Op. cit. 312 y ss.

68. La ponencia del doctor VELASCO GUERRERO, estuvo acompañada por el voto afirmativo de los doctores Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez y Julio Roncallo Acosta.

69. *Ibid.*, p. 311.

Pero el primero no es una categoría social. Por ello, aunque los dos coexisten al tiempo en el ámbito de la nacionalidad, no conviven culturalmente y se gobiernan por normas diferentes. Aprentando un poco los hechos pudiéramos decir que cronológicamente tampoco coinciden el aborigen y el hombre civilizado. El aborigen es un hombre anacrónico, un hombre sin tiempo... las distancias se profundizan y ensanchan, aún más si cabe, cuando pensamos que en los últimos treinta años el mundo civilizado ha evolucionado en proporción geométrica en comparación con los siglos que nos preceden. En la época de la fisuración del átomo, de la ingeniería genética, cuando la biología molecular promete para las próximas décadas revolucionar el comportamiento de los grupos animales, sin excluir al hombre, el salvaje es el pretérito irreversible o, cuando más, lo prehistórico actual.

Nuestras leyes dictadas para el mundo contemporáneo no lo alcanzan, a menos que contemplen expresamente su específico estado. El Código Penal vigente no tiene categorías jurídicas ni mentales para confrontar las situación de los salvajes<sup>70</sup>.

Insiste la Sala Penal en sostener que los aborígenes, por el hecho de serlo, no son deficientes ni retrasados mentales, pero tampoco menores de edad. El "yo" del indígena depende de las condiciones de su medio incipiente; las causas son exógenas. En el menor el "yo" es incipiente, pero en estado de evolución. En el retrasado mental, se da un "yo" detenido en su evolución, su estado es de carácter irreversible.

Concluye la Corte reconociendo que al indígena no puede considerársele como un deficiente mental en el sentido patológico de la expresión.

El indígena —dice— no es un frenasténico, ni un imbécil ni un perturbado mental, aquejado de morbosidad, sino la persona a quien el grado incipiente de cultura social le impide comprender, en el momento de la ejecución del hecho, la ilicitud de sus acciones, y arreglarlas conforme a los valores existentes que gobiernan la vida de los pueblos civilizados<sup>71</sup>.

\*\* Los doctores LUIS CARLOS PEREZ y LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, salvaron el voto, como integrantes de la Sala Penal de la Corte, en el fallo que

70. *Ibid.*, 312.

71. *Ibid.*, p. 314.

analizamos. Fundamentan su inconformidad en el hecho de que los artículos 40 y 432 del Código Penal, habían derogado “tácitamente” las leyes 89 de 1890 y 72 de 1892, lo que conduce a que la ley penal deba aplicarse a todas las personas que habiten la República, pues, no es otra la conclusión que se deriva del principio de soberanía nacional, materializado en el de territorialidad, que consagra el artículo 40.

No puede el gobierno, a nuestro juicio —apunta el salvamento—, establecer un orden penal o correccional para los salvajes o semisalvajes basándose en textos en pugna con la Ley 95 de 1936. La contrariedad entre las normas citadas no reside en las palabras sino en cuestiones mucho más sustanciales como son las que conciernen al ejercicio de la potestad soberana, en la cual se funda toda pretensión penológica<sup>72</sup>.

Consideran PEREZ y ROMERO SOTO que la posición mayoritaria, no responde a la concreción jurídica colombiana y debe ser rectificada. Si se reconoce que no existen instituciones para corregir y reprimir a los salvajes y semisalvajes que cometan alguna infracción, estaríanse arribando a la misma conclusión respecto del Código Penal; sin embargo, es posible que algún indígena considerado semisalvaje y, por ende, semiimputable “se encuentre condicionado por la situación de ignorancia invencible consagrada en el artículo 23 de Código<sup>73</sup>. Sería ésta la única hipótesis posible de aplicación del Estatuto represor para el solo efecto de reconocer la causal de inimputabilidad referida<sup>74</sup>.

Admiten algunos planteamientos hechos por la mayoría en torno a la mentalidad primitiva, en cuanto discrepan en cuanto “niegan a los salvajes una personalidad ética, con todas las consecuencias derivadas de la negación”. Las investigaciones antropológicas modernas, rechazan las doctrinas que veían en la mente del hombre primitivo “nada más que facultades mágicas, ausentes de todo sentido crítico y de toda práctica productiva”. El universo es para los indígenas, “tanto como lo es para los demás hombres, un objeto de pensamiento y un medio de satisfacer necesidades<sup>75</sup>”.

72. *Ibid.*, p. 318.

73. Reza el artículo 23-2º del Código Penal de 1936: “No hay lugar a responsabilidad cuando el hecho se comete... con plena buena fe determinada por ignorancia invencible, o por error esencial de hecho o de derecho, no provenientes de negligencia”.

74. Gaceta Judicial. Tomo CXXXIV, Op. Cit. p. 319.

75. *Ibid.*, p. 317.

### 3.1.3.2. Conclusiones generales de la evolución jurisprudencial

Del pensamiento defendido por la Corte sobre el tema, se derivan dos tipos de conclusiones: *la tesis mayoritaria* que se mantuvo hasta que empezó a regir el Código Penal de 1980; y *la tesis minoritaria*, integrada por la posición disidente.

La *posición mayoritaria* estuvo encaminada a demostrar y por ende a reconocer una excepción al imperio del artículo 40 del Código Penal de 1936, respecto de los indígenas no reducidos a la vida civilizada. Se le reconoció permanente vigencia a las leyes 89 de 1890 y 72 de 1892, para señalar que la legislación general de la República no regía entre los salvajes y para delegar en los misioneros, facultades extraordinarias para ejecutar autoridad civil, penal y judicial sobre los catecúmenos, respecto de los cuales se suspendía la acción de las leyes nacionales, hasta que saliendo del estado salvaje, estuvieran en capacidad de ser gobernados por ellas. En el año de 1971, reconoció la Corte que esta delegación de facultades era manifiestamente inconstitucional; pronunciamiento que dejó a los salvajes y semisalvajes sin normas represivas y, por ende, sin jueces competentes, que regularan las conductas comprendidas dentro de la esfera penal.

La *posición minoritaria* estuvo defendida por el doctor LUIS ZAFRA MORANTE, como Procurador Delegado en lo Penal y los doctores LUIS CARLOS PEREZ y LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO. Con vehemencia sostuvieron que las leyes 89 y 72 (arts. 1º y 2º, respectivamente), habían sido derogadas una vez entrado en vigencia el Código Penal de 1936<sup>76</sup>. El salvamento de voto plantea tímidamente la “irresponsabilidad” de los indígenas en estado semisalvaje, que actuaren condicionados por la situación de ignorancia invencible, que consagra el numeral 3º del artículo 23 del derogado Código de 1936.

### 3.1.3.3. Posición de la doctrina

Mientras estuvo en vigencia el Código Penal de 1936, la doctrina nacional, mayoritariamente, aceptó en forma pacífica la vigencia del artículo 1º de la Ley

76. En forma errónea considera el salvamento que los “artículos 40 y 432 del Código Penal derogaron tácitamente las leyes 89 de 1890 y 72 de 1892”. Debe entenderse que la derogatoria, únicamente se extiende al artículo 1º y 2º de las leyes 92 y 72, respectivamente.

Conviene aclarar que la ley 89 de 1890, consagra a los indígenas como propietarios de los resguardos y reconoce a los Cabildos como autoridad interna de las comunidades. Hoy, esta ley es arduamente defendida, especialmente en lo que respecta a la protección de las tierras.

El I Encuentro Nacional Indígena que se celebró en Octubre de 1980, en el sur del Tolima, acordó “defender la ley 89 de 1890 sobre reglamentación de las tierras pertenecientes a las comunidades”.

89 de 1890. La excepción está representada por las obras de LUIS CARLOS PEREZ y ALFONSO REYES ECHANDIA.

La obra de PEREZ, estuvo inicialmente inclinada a aceptar la interpretación que reconocía el carácter de normas excepcionales, a las leyes 89 y 72, sobre la soberanía punitiva que representaba la vigencia del Código Penal. En el año de 1947, en su obra *Nuevas Bases del Derecho Criminal*, aceptó que los indígenas "salvajes" y "medio civilizados" no se hallaban regidos por la legislación nacional. "En lo que se relaciona con ellos hay una quiebra del principio de que la ley se aplica a todos los colombianos, o habitantes del territorio nacional, se les considera como si no fueran personas"<sup>77</sup>.

Aún aceptando la quiebra del principio de soberanía -PEREZ- consideró que los misioneros son extranjeros que desconocen el alma aborigen y a quienes interesa, más que instruir, someter por medios aparentemente paternos, pero despóticos en su esencia. "Más útil hubiera sido autorizar el juzgamiento de los delitos según la concepción ancestral de los indígenas, pues así no sufrirían al entrar en la civilización cuanto ésta tiene de violencia intimidatoria, sino que retribuirían el daño causado a la luz de las nociones que ellos mismos aceptarían como ventajosas para la supervivencia de su agrupación"<sup>78</sup>. Ya en la primera edición de su *Tratado de Derecho Penal*, consideró que sus iniciales planteamientos estuvieron equivocados, pues "las únicas excepciones al imperio de la Ley son las que ha señalado, o señale en lo sucesivo, el derecho internacional"<sup>79</sup>.

Resalta las tesis jurídicas de ZAFRA, añadiendo razones de orden antropológicas y sociales:

El criterio de protección o de paternalismo se opone al rendimiento de la personalidad en los campos del trabajo material y de la llamada 'cultural espiritual'.

Algunas infracciones cometidas por indígenas pueden dar lugar a un pronunciamiento de inimputabilidad por ignorancia invencible, según el numeral 2º del artículo 23, que constituye una excepción a la presunción sobre el conocimiento

77. PEREZ, Luis Carlos. *Nuevas Bases del Derecho Criminal*. Bogotá: Editorial A.B.C., 1947. p. 228.

78. PEREZ, Op. cit., 229. También en su *Criminología*, Op. cit., p. 351.

79. PEREZ, Luis Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. 1 ed. Bogotá: Editorial Temis, 1967. p. 381. Su pensamiento continuó inalterable en la 2ª edición de esta obra (Ed. Temis, 1975). p. 486. Como aspecto crítico, cfr., nota Nº 24.

de la ley. Presunción que encierra "un serio peligro contra psicologías deficitarias, y no por obra de los individuos, sino por falta de acción del Estado"<sup>80</sup>. Rechaza el concepto de "inimputabilidad por 'debilidad biológica'" y por "atraso mental" aplicado a los indígenas, por ser retardatorio, tanto por el paternalismo o la evangelización. "El indio no tiene el <atraso etnológico> de que se habla, sino que es víctima del sojuzgamiento social que padecen las nacionalidades americanas"<sup>81</sup>.

Por su parte REYES ECHANDIA se mostró en desacuerdo con la interpretación dada por la Corte al problema de los indígenas. Como miembro de la Comisión Redactora del Código Penal, en el año de 1972, dejó como constancia de su desacuerdo, un estudio que se reprodujo en el Acta Nº 9, de la sesión correspondiente al día 23 de junio del citado año, estudio que aparece ampliado en la cuarta edición de su obra *La inimputabilidad*<sup>82</sup>.

Manifiesta REYES que los redactores del Código de 1936, sí tuvieron en cuenta que la ley penal debía aplicarse a todos los habitantes de la República, sin más excepciones que las autorizadas por el Derecho Internacional. Pero aun aceptando que ignoraran la existencia de tribus indígenas, no puede colegirse de allí que esté vigente una ley anterior contentiva de un tratamiento especial, máxime cuando el estatuto de 1936, sólo exige actividad sicofísica en el agente<sup>83</sup>. Considerando la posibilidad de que el artículo 29 del Código de 1936 no contemplara el problema penal del indígena, debía recurrirse a la aplicación del procedimiento analógico *un bonam partem*, aceptado por la doctrina contemporánea.

Además, cree este autor, que respecto del indígena puede darse el fenómeno del error como causal de inculpabilidad, distinguiendo si se trata de un error de derecho vinculado a la equivocada valoración del tipo legal, o de un error de derecho en materia extrapenal (C.P., art. 23-2), "y si se trata de *IGNORANTIA IURIS* se daría la causal del numeral 3º del mismo artículo, sólo que en este evento, tal evento apenas tendría relevancia jurídica en materia contravencio-

80. PEREZ. *Tratado de Derecho Penal*. 1 ed., Op. cit., p. 382-383. También en la 2ª ed., p. 487.

81. *Ibid.*, 1 ed., p. 382, nota Nº 56. También 2ª ed., p. 487, nota Nº 95.

82. REYES ECHANDIA. *La inimputabilidad*, Op. cit. p. 230 y ss.

83. Así respondía PEREZ al planteamiento de la Corte de que la Ley 89 de 1890 es terminante en sus mandamientos; su texto conforma una proposición jurídica completa, claro en su tenor literal, unívoca, operante: su imperio no admite discusiones; La Comisión Redactora del Código Penal de 1936 ignoró su existencia. En: *Actas del Código Penal Colombiano*. P.G. Vol. I. Bogotá: Colección Pequeño Foro, 1980. p. 81

nal”<sup>84</sup>. En otras de sus obras, señala que el “indígena no civilizado es inimputable”; sin embargo, habrían de tenerse en cuenta en su favor las causales de inculpabilidad del artículo 23 de C.P., si alguna de ellas se evidencia en el proceso, “salvo cuando la ausencia de dolo o culpa emane de su propia inimputabilidad como en el caso del esquizofrénico que da muerte a su hermana al percibirla como una fiera que le ataca”<sup>85</sup>.

### 3.2. UBICACION TEMATICA DURANTE LA VIGENCIA DEL CODIGO PENAL DE 1980

Antes de entrar a analizar el tratamiento que el Código Penal de 1980, señala con el fin de regular la conducta del indígena desde el punto de vista político-criminal, conviene conocer sus antecedentes inmediatos: vale decir, la forma como se ventiló este fenómeno en el seno de las distintas comisiones redactoras que permitieron la expedición del Decreto 100 de 1980, que empezó a regir el 29 de enero de 1981.

#### 3.2.1. Comisión redactora de 1974<sup>86</sup>

En la sesión del 23 de febrero de 1973, el doctor BERNARDO GAITAN MAHECHA, presentó proyecto de articulado sobre el fenómeno de la imputabilidad. Se consideró que no era imputable “quien en el momento de ejecutar la acción u omisión legalmente descritos, no tuviera la capacidad de comprender la ilicitud o determinar de acuerdo con esa comprensión, por insuficiencia síquica, enfermedad mental o trastorno mental transitorio”.

Consideró el ponente que la especial situación de incompreensión de la realidad cultural nuestra que caracteriza al indígena, “crea a la vez una *insuficiencia síquica* que le impide entender la ilicitud de los actos que fueron considerados como tales en nuestra legislación”<sup>87</sup>. REYES ECHANDIA consideró que el término insuficiencia síquica, no alcanzaba a cobijar el problema de los indígenas, sobre el cual debe hacerse expresa mención. Propuso el término “inmadurez

84. *Ibid.*, p. 87

85. REYES ECHANDIA. La imputabilidad, Op. cit., p. 238.

86. Por Decreto 415 de 22 de marzo de 1972, el gobierno nacional, creó la Comisión de Reforma del Código Penal, integrada por los doctores Jorge E. Gutiérrez Anzola, Federico Estrada Vélez, Luis Carlos Pérez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Hernando Londoño Jiménez, Bernardo Gaitán Mahecha, Hernando Baquero Borda, Darío Velásquez Gaviria, Rafael Poveda Alfonso y Alfonso Reyes Echandía.

87. Acta N° 41, sesión del 23 de febrero de 1973. En: Actas del Nuevo Código Penal Colombiano, Op. cit., p. 271.

sicosocial”, para señalar la especial incapacidad de los indígenas no civilizados, personas que “en su mundo cultural son plenamente normales, pero su inmadurez sicosocial se evidencia, precisamente cuando rebasan su ambiente y actúan dentro de otro que les es completamente ajeno”<sup>88</sup>.

Con base en las objeciones que se hicieron, GAITAN MAHECHA propuso un nuevo texto: “los indígenas pueden ser declarados inimputables teniendo en cuenta, en cada caso, su incapacidad para comprender la ilicitud de su acto”. En la redacción de este texto se siguió de cerca el pensamiento de JIMENEZ DE ASUA, para quien “al indígena no se le debe calificar siempre de inimputable, sino que, en cada caso concreto, con base en factores sociológicos y antropológicos se estudiará si está en capacidad de comprender la ilicitud de su conducta”<sup>89</sup>.

REYES acepta el término “inmadurez psicológica”, utilizado al definir la inimputabilidad, siempre y cuando exista una norma especial para los indígenas. En igual sentido se pronunció VELASQUEZ GAVIRIA, para quien dicha inimputabilidad se fundamenta “en la no adaptación al ambiente civilizado”<sup>90</sup>, afirmando seguidamente que los términos inmadurez psicológica o trastorno mental “no caben en muchos de los casos del indígena. Este, dentro de su medio obra en forma que podríamos llamar normal, con madurez psicológica y sin trastornos mentales. Y no es exactamente científico denominar inmaduro psicológico o trastornado mental, al indígena que se comporta delictuosamente en el momento en que se produce el contacto entre su especial mundo y el mundo civilizado”. Esta causal especial de inimputabilidad del indígena, no excluye la posibilidad de la existencia de causales generales de imputabilidad en las mismas personas<sup>91</sup>.

En la sesión del 11 de mayo de 1973 (Acta N° 51), se aprobó el siguiente texto:

Los indígenas pueden ser declarados inimputables teniendo en cuenta, en cada caso, la incapacidad para comprender, la ilicitud de su acto, o para determinarse de acuerdo con esa comprensión<sup>92</sup>.

88. *Ibid.*, p. 273.

89. Acta N° 43, sesión del 2 de marzo de 1973. En esta sesión se propuso la definición de inimputabilidad que aparece hoy señalada en el artículo 31. En: Actas del Nuevo Código Penal Colombiano, Op. Cit., p. 274-276.

90. *Ibid.*, p. 280 y 297.

91. *Ibid.*, p. 307.

92. *Ibid.*, p. 308.

### 3.2.2. Comisión redactora de 1978<sup>93</sup>

En el anteproyecto de la comisión de 1978, se varió fundamentalmente el tratamiento aprobado por la comisión anterior. Se redactó el artículo 35, en los siguientes términos:

No es imputable quien al tiempo de ejecutar el hecho no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con ese conocimiento, por padecer de enfermedad mental permanente o transitoria. Tampoco es imputable el que al momento de cometer el hecho fuere mayor de 12 años y menor de 18; o *indígena no integrado a la comunidad nacional*; o que padeciere sordomudez congénita o la que hubiere adquirido antes de cumplir los 12 años<sup>94</sup>.

Es manifiesta la ambigüedad e imprecisión del concepto "comunidad nacional"; desde un punto de vista elemental, comunidad o colectividad nacional sería el conjunto de personas que habitan el territorio nacional y, si se quiere, que han nacido en él, pero es que ¿acaso los indígenas colombianos no integran nuestra nacionalidad?

### 3.2.3. Comisión revisora de 1979<sup>95</sup>

En la sesión del 7 de marzo de 1979 (Acta N° 5), ESTRADA VELEZ, consideró que la fórmula adoptada en el proyecto de 1974 sobre la inimputabilidad "es buena", "se erige un texto amplio, abierto, con un criterio jurídico-siquiátrico, dentro del cual caben todas las posibles situaciones que pueden presentarse en la vida práctica". Reiteró que en la definición "caben todas las hipótesis imaginables, así no tengan un origen patológico ...caben en la fórmula propuesta todos los casos en los cuales el sujeto, por virtud de algún proceso patológico o de trastornos mentales sin base mórbida, es incapaz de comprender la ilicitud de su hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión. Igualmente, la

93. Por medio de los Decretos 2447 y 2597 de 1974 y 111 de 1975, se creó la Comisión Revisora del Código Penal y del Anteproyecto de 1974, integrada, entre otros, por los doctores, Luis Enrique Aldana Rozo, Parmenio Cárdenas, Guillermo Duque Ruiz, Federico Estrada Vélez, Gustavo Gómez Velásquez, Luis Carlos Giraldo Marín, Darío Velásquez Gaviria.

94. En: Actas del Nuevo Código Penal Colombiano, Op. cit., p. 415.

95. Haciendo uso de las facultades concedidas al presidente por la Ley 5ª de 1978, se nombró una Comisión Revisora, integrada por los doctores Jorge E. Gutiérrez Anzola, Luis Carlos Giraldo Marín, Eduardo Rosa Benades, Jairo Ortega Ramírez, y Federico Estrada Vélez entre otros.

situación de capacidad de comprender derivados de fenómenos biológicos o socioculturales, como el sordomudismo, la minoría, la calidad de *indígena*, etc."<sup>96</sup>.

Propuso, entonces, ESTRADA VELEZ, establecer en el Código una fórmula general sobre la inimputabilidad y no hacer referencias específicas a los indígenas:

No me parece adecuado establecer de una vez la presunción de que éstos son inimputables porque se ven muchísimos casos de indígenas, en los cuales éstos son capaces de comprender la ilicitud de su acción o la licitud de la misma. Con la fórmula propuesta, el juez debe declarar inimputable a un indígena, según las circunstancias específicas que confirmen esa imputabilidad o inimputabilidad<sup>97</sup>.

GUTIERREZ ANZOLA dio la razón a ESTRADA VELEZ, pero consideró que en vista de las confusiones creadas por la interpretación que le dio la jurisprudencia al problema de los indígenas en el año de 1971, se insistió por parte de la comisión del 74, en señalar una norma específica que resolviera esta situación. Replicó ESTRADA VELEZ que este temor era válido en vigencia el Código de 1936, que hacía difícil ubicar al indígena en los parámetros del artículo 29, porque de ninguna manera se le puede equiparar "a un enajenado mental, anómalo síquico o intoxicado por su calidad de tal... por eso es preciso adoptar una fórmula general de carácter biológico-jurídico, que otorga un amplio arbitrio al juez para determinar la inimputabilidad o imputabilidad en cada caso concreto"<sup>98</sup>.

### 3.3. IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD EN EL CODIGO PENAL DEL 1980

Señala el artículo 31 del Código Penal que "es inimputable quien en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental".

96. En: Actas del Nuevo Código Penal Colombiano, Op. cit., p. 536-537.

97. *Ibid.*, p. 538.

98. *Ibid.*, p. 539.

Cuando alude al *momento de ejecutar el hecho*, está precisando que el fenómeno de la imputabilidad y su negativo, el de la inimputabilidad debe *coexistir* en el momento en que se realiza la conducta o comportamiento *legalmente descrito*.

La expresión *no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud*, significa incapacidad de la persona para conocer y comprender la antijuridicidad de la conducta que se ejecuta. En cuanto a *determinarse de acuerdo con esa comprensión*, se está apuntando hacia la autorregulación de la propia conducta, vale decir, a la libertad personal entendida como “el proceso síquico según el cual el sujeto consciente, aún influido en su mundo de obrar por condiciones concretas, es capaz de autodeterminarse sin tener que sujetarse a la acción impelente, tanto de las fuerzas externas como internas”<sup>99</sup>.

La fórmula que define la imputabilidad fue propuesta en la comisión Redactora de 1974, según ponencia presentada por GAITAN MAHECHA el 2 de marzo de 1973 (acta N° 43):

No es imputable quien en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o *determinarlo* de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez sicológica o trastorno mental<sup>100</sup>.

Se usó la expresión “determinarlo de acuerdo con esa comprensión” y no “determinarse”, “para poner de presente –dijo el ponente– que la situación de inimputabilidad se refiere no solamente al sujeto, sino a éste con relación al hecho concreto que es objeto de la legal descripción, pues lo que importa a la ley penal, especialmente, no es que el sujeto se encuentre en estado de inmadurez síquica, sino que ese estado le impida comprender la ilicitud del acto o *determinarlo* de acuerdo con esa comprensión”<sup>101</sup>.

REYES ECHANDIA anotó que si en verdad lo que importa es que el sujeto activo pueda regular, “no su comportamiento genérico, sino el hecho en sí, el verbo que se debería emplear sería el de ‘actuar’ y no el de ‘determinar’, ya que en esta forma queda más claro lo que el ponente quiere decir”<sup>102</sup>. ROMERO

99. GEMELLI, Agostino. Sicología de la Edad Evolutiva. Citado por REYES ECHANDIA, La imputabilidad, Op. cit., p. 160.

100. En: Actas del Nuevo Código Penal Colombiano, Op. cit., p. 273.

101. *Ibid.*, p. 275.

102. *Ibid.*, p. 277.

SOTO se inclinó por la conveniencia de utilizar el verbo “determinar”, pues “actuar dentro de la concepción finalística, equivale a obrar con relación a un fin, pero, en la expresión *determinarse* existe algo más que es la consideración a la persona con respecto a ese fin, o mejor, implica un estado sicológico que lleva al sujeto agente a optar entre diversos fines”<sup>103</sup>.

VELASQUEZ GAVIRIA estuvo de acuerdo con ROMERO SOTO en la utilización del verbo “determinar”, pero en forma refleja (*determinarse*) y no en la forma objetiva y dirigida al hecho (*determinarlo*), como lo usa el texto propuesto por GAITAN MAHECHA. “Como bien es sabido –dice VELASQUEZ– la imputabilidad es una capacidad orientada a un doble aspecto: al de la comprensión del significado ético-social de la acción y a la de la libre determinación a ella de acuerdo con esa comprensión. En otros términos, es imputable la persona que, al momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, estuvo en capacidad de comprender la ilicitud del mismo o de *determinarse* a su realización de acuerdo con esa comprensión. Hay, entonces, dos acentuaciones de la personalidad: una de carácter *intelectivo* y otra de naturaleza *volitiva*, que es la que se traduce en la determinación de realizar el hecho previamente comprendido como tal y como ilícito. Al hablar de *determinar* el hecho, como se desprende del texto propuesto por el ponente, se está en mi concepto, reiterando el aspecto cognoscitivo, ya afirmado en la capacidad de comprender, y se está dejando sin destacar el aspecto *volitivo*. Por eso estimo más pertinente la utilización refleja del verbo *determinar*. Y prefiero este verbo al de *actuar*, porque aquél afirma en mejor forma la personalidad moral del agente”<sup>104</sup>.

En la fórmula propuesta, la *capacidad de comprensión* del injusto o *factor cognoscitivo* y la *capacidad de determinación* o *factor volitivo*, se hallan enlazados por una “o” disyuntiva. REYES ECHANDIA propuso que se utilizara la “y” copulativa. ROMERO SOTO se opuso a ello, porque existen trastornos mentales en los cuales, el sujeto activo comprende la ilicitud de su acto, pero no puede controlarse, es decir, no puede inhibirse y necesariamente realiza la conducta. “Este sería también un caso de inimputabilidad, con lo cual se indica que el estado de inimputabilidad no necesariamente conlleva a la vez, factores cognoscitivos y volitivos”<sup>105</sup>.

103. *Ibid.*, p. 278.

104. *Ibid.*, p. 279-280.

105. *Ibid.*, p. 279.

Con estos antecedentes de tipo histórico, veamos cómo define la jurisprudencia los fenómenos de la imputabilidad e inimputabilidad:

En providencia de octubre 13 de 1982, la Corte Suprema de Justicia con ponencia del doctor ALFONSO REYES ECHANDIA, definió así estos fenómenos:

Entiéndese por IMPUTABILIDAD la capacidad de conocimiento y comprensión que en el momento de la realización del hecho típico tiene el agente sobre la antijuridicidad de su acción u omisión y la de autorregularse de conformidad con esa comprensión; el primer aspecto del fenómeno dice relación al necesario conocimiento que el sujeto ha de tener de que está vulnerando con su propio comportamiento y sin justificación legítima el interés jurídico penal tutelado por el tipo dentro del cual aquél se subsume: el segundo se refiere a la humana libertad para actuar en sentido antijurídico pudiendo y debiendo comportarse diversamente.

INIMPUTABLE es, al contrario, la persona que al realizar la conducta típica no estaba en condiciones de conocer y comprender su antijuridicidad o de autorregularse de acuerdo con dicha comprensión por *inmadurez psicológica, trastorno mental o fenómenos socio-culturales*; la presencia comprobada de una cualquiera de estas fuentes le impide al sujeto darse cuenta de que está destruyendo o poniendo en peligro determinado interés jurídico típicamente protegido por fuera de las situaciones en que pudiera hacerlo lícitamente o lo inhabilita para comportarse de manera jurídicamente indiferente a pesar de percatarse de la ilicitud de su conducta<sup>106</sup>.

Algunos años más tarde, la Sala Penal de la Corte, con ponencia del doctor RODOLFO MANTILLA JACOME, en fallo de agosto 31 de 1988, delimitó los presupuestos para la configuración del estado de *inimputabilidad*, en los siguientes términos:

Para poderse afirmar la *inimputabilidad* del sujeto debe establecerse al momento del hecho: a) la existencia de un fenómeno ubicable en las amplias categorías de la *inmadurez psicológica* (verbigracia, minoría de edad o trastorno mental, paranoia, es-

quizofrenia, etc.), b) no debe ser cualquier trastorno mental o fenómeno que implique *inmadurez psicológica*, sino entidad de tal naturaleza que como *afección* del sujeto conlleve grado tal de compromiso de las esferas de su personalidad que produzcan en él su incapacidad para comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, y c) la relación de causalidad entre la *inmadurez* o el trastorno y la conducta realizada, esto es, la afirmación indubitable de que el sujeto actuó así en razón y por motivo del trastorno o la *inmadurez*<sup>107</sup>.

### 3.3.1. Factores generadores de la inimputabilidad

De conformidad con el artículo 31 del Código Penal, ya analizado, son factores o causas generadoras de la *inimputabilidad*, la *inmadurez psicológica* y el *trastorno mental*.

De momento un indígena, como cualquier ser humano, puede actuar como un sujeto imputable o como un sujeto inimputable. En este último caso, su estado de *inimputabilidad*, puede ser generado ya sea por *inmaduro psicológico* o por *trastorno mental*.

Ahora bien, se le considerará *inimputable* por *trastorno mental*, cuando padezca una alteración *sicosomática* de tal magnitud que le impida comprender la ilicitud de su conducta o autorregularse de conformidad con dicha comprensión. Esta alteración *sicosomática*, hace relación a las anomalías *desquiciadoras* de la personalidad en sus planos intelectual, afectivo o volitivo, independientemente de que sean ubicables o no dentro de la *sinomatología* tradicional de las llamadas enfermedades mentales, sean agudas o crónicas, de origen *endógeno* o *exógeno*. Lo importante es que el trastorno afecte al *indígena* al momento en que realice hecho punible y que altere tan profundamente su personalidad que le impida darse cuenta de que actúa en forma *antijurídica* o que aun comprendiéndolo, no le sea humanamente posible comportarse de otra manera.

Hasta acá no hay ninguna dificultad de orden práctico ni teórico, para aplicar la definición de *inimputabilidad* por *trastorno mental*, al *indígena*; pues éste como cualquier otra persona es susceptible de padecer cualquier alteración *sicosomática* de la condiciones ya indicadas. El problema se suscita, cuando vayamos a aplicar el concepto de *inmadurez psicológica* a ese *indígena*, que sin padecer

106. Gaceta Judicial. Tomo CLXX (2408). p. 636-637.

107. Extractos de jurisprudencia. Tomo III. 3er trimestre. Bogotá: Superintendencia de Notariado y Registro- Ministerio de Justicia, 1988. p. 458-459.

trastorno mental, no alcanza a comprender la antijuridicidad de su conducta o, si la comprende, a autorregularse de conformidad con esa comprensión.

### 3.3.2. ¿Qué se entiende por inmadurez sicológica?

Si revisamos someramente las actas de la Comisión Redactora de 1974, encontramos que el término "inmadurez sicológica" fue propuesto por el doctor GAITAN MAHECHA, para sustituir el inicialmente sugerido "insuficiencia síquica"<sup>108</sup>, y el de "inmadurez sicosocial" aconsejado por REYES, para definir "esa especial incapacidad" de los indígenas no civilizados, sordomudos y menores.

Señaló GAITAN MAHECHA:

"Tampoco se emplea el término 'insuficiencia síquica', sino el de *inmadurez sicológica*. Aunque el doctor REYES había sugerido el empleo del término *inmadurez sicosocial*, no me pareció conveniente referirme al último aspecto, porque el término se encaminaba especialmente al problema de los indígenas y en esta nueva ponencia se presenta un artículo separado para ellos. Al cambiarse el término insuficiencia síquica por el de *inmadurez sicológica*, quedan comprendidos los menores... y sordomudos"<sup>109</sup>.

Esto nos permite afirmar, que el pensamiento del ponente, doctor GAITAN MAHECHA, estuvo dirigido a utilizar el término *inmadurez sicológica*, para referirse a los menores y sordomudos. Los indígenas no quedaban comprendidos bajo esta expresión, ya que para ellos se redactó una norma específica, la cual fue sustituida por la Comisión Revisora de 1979, como quedó suficientemente explicado<sup>110</sup>.

No conviene citar definición alguna sobre lo que debe entenderse por *inmadurez sicológica*, porque ello equivaldría a anticiparnos al objetivo que nos hemos propuesto desarrollar en los acápites siguientes. De la conceptualización que asumamos, depende que ubiquemos al indígena en la misma.

108. Porque según REYES ECHANDIA, no alcanzaba a cobijar el problema indígena.

109. En: Actas del Nuevo Código Penal Colombiano, Op. cit., p. 274.

110. Cfr., *supra*, Nº 3.2.1. y 3.2.3.

### 3.3.3. ¿Son los indígenas, inmaduros sicológicos?

Dos posiciones se tejen en torno a este interrogante: una que acepta que el indígena no civilizado, es un inmaduro síquico; y otra que asegura que este término no alcanza a definir la situación del indígena, en todos aquellos aspectos que escapan a la definición de trastorno mental.

La cuestión es la siguiente: ¿será posible calificar *necesariamente* al indígena que, sin padecer trastorno mental, realiza hecho descrito en la ley penal como delito, sin que hubiese tenido la capacidad de comprender la antijuridicidad de su conducta o de determinarse conforme a esa comprensión de *inmaduro síquico*? la respuesta estará condicionada a lo que tenemos por *inmadurez sicológica* y a la posición que asumamos sobre la posible taxatividad en la regulación de los factores generantes de inimputabilidad, que trae el artículo 31 del Código Penal.

Veamos cómo desarrolla la doctrina y la jurisprudencia este problema.

#### 3.3.3.1. Posición afirmativa

Esta posición llega a la conclusión de que el artículo 31 del Código Penal, señala las causas únicas que pueden dar lugar al estado de inimputabilidad; es decir, que un indígena, como cualquier persona, solamente será calificado de inimputable, si el factor generante de la misma, es el trastorno mental o la *inmadurez síquica*, no hay otra forma de declarar inimputable a un indígena.

Esta posición aparece en la doctrina, con la Relación Explicativa que presentara al gobierno nacional el doctor ESTRADA VELEZ, del proyecto del Código Penal. Allí se lee:

Reitero el concepto según el cual, al adoptar el criterio de que son la *inmadurez sicológica* o el trastorno mental los fenómenos que determinan la incapacidad del sujeto para comprender la ilicitud del hecho o de determinarse conforme a ella, dentro de la amplia fórmula propuesta caben todos los fenómenos imaginables así no tengan un origen patológico... Igualmente quedan comprendidos en ese texto los indígenas y sordomudos que previo juicio vertido en cada caso, 'por *inmadurez sicológica*' no sean capaces de entender la ilicitud de su acción<sup>111</sup>.

111. Relación Explicativa. Nuevo Código Penal. Bogotá: Edición Oficial-Ministerio de Justicia, 1980. p. 33-34.

En el seno de la Comisión Revisora de 1979 ESTRADA VELEZ, fue contundente sobre esta conclusión:

En síntesis, caben en la fórmula propuesta todos los casos en los cuales el sujeto, por virtud de algún proceso patológico o de trastornos mentales sin base mórbida, es incapaz de comprender la ilicitud de su hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión. Igualmente, las situaciones de incapacidad de comprender derivadas de fenómenos biológicos o socio-culturales, como el sordomudismo, la minoridad, la calidad de indígena, etc.<sup>112</sup>

La inmadurez psicológica del indígena la explica este autor, afirmando que la permanencia secular en su medio cultural alejado del mundo de la civilización, "sin contacto alguno con el mundo de los valores éticos, culturales y sociales de la comunidad desarrollada", le produce grandes limitaciones y deficiencias "en la esfera cognoscitiva, que afectan todo su comportamiento, y que lo convierten, sin duda en un sujeto psicológicamente inmaduro"<sup>113</sup>.

El mismo concepto gufa la posición de GIRALDO ANGEL, para quien "las causales de inimputabilidad están, por consiguiente, circunscritas a la inmadurez psicológica y al trastorno mental", de tal manera que cuando "no haya comprensión de la ilicitud o capacidad de actuar discrecionalmente por causas distintas a la inmadurez psicológica o al trastorno mental, el sujeto es imputable, y su actuación será, por tanto, culpable, a menos que el evento esté contemplado entre los casos de inculpabilidad que trae el mismo Código. Actúa, por consiguiente, culpablemente, quien realiza un acto previsto por nuestra ley penal, como delito, así no comprenda la ilicitud del mismo por no estar prohibido en el medio cultural en el cual ha sido educado"<sup>114</sup>.

Es consciente este autor de que en la doctrina y la jurisprudencia se ha venido discutiendo intensamente el problema de la inimputabilidad síquica de los indígenas no civilizados. "En términos generales hay consenso —dice— en cuanto a considerarlos como tales, pero hay discrepancias en cuanto a las razones psicológicas en que se debe fundar dicha inimputabilidad". Acepta, igualmente, que

112. En: Actas del Nuevo Código Penal Colombiano, Op. cit., 537.

113. *Ibid.*, p. 537-538.

114. GIRALDO ANGEL, Jaime. Inimputabilidad Penal e Inmadurez psicológica. En: Revista de Derecho Penal y Criminología. Nº 16. Bogotá, 1982; p. 22-23.

existen indígenas que no están en condiciones "primitivas" y que no comprenden la ilicitud de un acto "por no corresponder a las categorías axiológicas de su cultura. El código los considera imputables al igual que a todas las demás personas que estén dentro de estos mismos supuestos"<sup>115</sup>.

Un amplio sector de la doctrina, considerando que el calificativo de "inmaduros psicológicos" no se aviene, en muchos casos con la condición del indígena que infringe la ley, más por motivos culturales que psicológicos, elaboran algunos calificativos, que en el fondo están indicando su inconformidad con la definición que el Código pretende darles.

Así, MORA IZQUIERDO, habla de "inmadurez cultural y social", de "inmadurez psicológica con predominio cultural", "generada por el aislamiento en que viven los indígenas de nuestra civilización", por no haber tenido contacto previo con humanos pertenecientes a nuestra cultura y teniendo únicamente su propio lenguaje<sup>116</sup>.

GIRALDO ANGEL nos habla de "inimputable por inmadurez intelectual", para señalar aquellos indígenas que se hallan en estadios muy primitivos de su desarrollo evolutivo, ocasionado por el abandono en que se les ha tenido, al marginamiento en que han estado de todos los adelantos culturales tecnológicos y científicos, para quienes opera, sin lugar a dudas, la causal de inimputabilidad por carencia de un adecuado desarrollo de su capacidad intelectual, es decir, por inmadurez psicológica<sup>117</sup>.

FERNANDEZ CARRASQUILLA habla de "inmadurez psicológica de origen cultural", aplicable al "medio cultural en que se desenvuelven las leyes penales vigentes, cuyos valores no pueden ellos comprender", se refiere a los indígenas "no civilizados"<sup>118</sup>.

Otros como RUIZ sostienen que la inmadurez psicológica de los indígenas, "está determinada por la desadaptación al ambiente que nosotros pretendiosamente

115. *Ibid.*, p. 30-31.

116. MORA IZQUIERDO, Ricardo. Psiquiatría Forense y Nuevo Código Penal Colombiano. La inimputabilidad. En: Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle. Nº 6 (I semestre de 1982). Bogotá, p. 28.

117. GIRALDO ANGEL, Op. cit., p. 31.

118. FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho Penal Fundamental. 2ª ed. Vol. II. Bogotá: Editorial Temis, 1989. p. 246.

mente llamamos civilizado, diferente a su medio ambiente geográfico y cultural, que no le permite, para ciertas conductas típicas, comprender el carácter ilícito y las normas y patrones de valor a que se refiere un ordenamiento jurídico ajeno a su desarrollo social y cultural”<sup>119</sup>.

### 3.3.3.2. Posición negativa

Ha sido REYES ECHANDIA, el autor que ha preconizado con lujo de detalles, esta posición. Considera que del contexto del artículo 31 del Código Penal emergen dos causales de inimputabilidad: la inmadurez psicológica y el trastorno mental; pero, que a través de un examen amplio y sistemático de todo el Código, “nos permite concluir que existen otros dos fenómenos capaces de producir situaciones de inimputabilidad: nos referimos —dice— a las condiciones de *sordomudo e indígena*”<sup>120</sup>.

Ubica este tratadista como *causales absolutas* de inimputabilidad “en cuanto su presencia demostrada determina siempre declaración judicial de que el sujeto actuó inimputablemente”, la inmadurez psicológica, ligada ordinariamente a la minoría de edad (menores de 16 años) y mayores de esta edad que no han logrado “aún la *madurez sicosomática* necesaria para comprender la ilicitud de su propia conducta, y el trastorno mental”.

Seguidamente alude a las *causales relativas* de inimputabilidad “que sin estar expresamente previstas en el Código Penal, pueden generar inimputabilidad que no depende de la mera condición personal del sujeto sino de su concreta incapacidad de actuar antijurídicamente”<sup>121</sup>, ellos son los sordomudos y la calidad de indígena.

Bien puede ocurrir que el llamado indígena no civilizado —dice REYES—, no sea capaz en el ambiente de la cultura dominante de comprender la valoración jurídica de formas de comportamiento que en su sociedad son miradas con indiferencia, toleradas o encomiadas, y que en el grupo mayoritario y creador de la ley, son reprochadas por ilícitas. “Realizada por el indígena una de tales conductas, debe considerársele como inimputable, no porque haya actuado en condiciones de *trastorno mental* ni porque posea un *siquismo inmaduro* (en tratándose de

persona mayor de 16 años) sino porque siendo normal en su mundo circundante ecológico y cultural, no logra comprender los valores jurídicos de nuestro sistema social y por eso choca contra ellos”<sup>122</sup>.

Reiterando su posición —REYES ECHANDIA— afirma en otra de sus obras, que la situación del indígena que desconoce los valores jurídicos de nuestra sociedad o civilización, y en tal estado ejecuta conducta típica y antijurídica no será realmente la de inimputabilidad por inmadurez psicológica “sino que se funda en *conflicto de culturas*, es algo que no impide considerarlo como inimputable, pues lo esencial es que esa condición personal le hubiese impedido en el momento de actuar, darse cuenta de la ilicitud de su comportamiento, tal como ella es entendida por la cultura dominante a la cual pertenece el juez que valora penalmente la acción u omisión investigada”<sup>123</sup>.

El problema se originó en la expresa referencia que el artículo 31 del actual Código hace a los fenómenos generadores de inimputabilidad —dice REYES—, pues al concretarlos a la inmadurez psicológica y al trastorno mental dio la falsa impresión de que solamente ellos dan lugar a tal situación<sup>124</sup>.

Resumiendo la posición de este autor, tenemos que un indígena, puede ser declarado inimputable, por cualquiera de las siguientes causas:

- 1) por inmadurez psicológica si es menor de 16 años;
- 2) por inmadurez psicológica, si siendo mayor de 16 años, no ha logrado aún la madurez sicosomática necesaria para comprender la ilicitud de su propia conducta;
- 3) por trastorno mental;
- 4) por “inimputabilidad cultural” o por “fenómenos socio-culturales”, cuando la calidad de indígena no civilizado, que desconoce los valores jurídicos de la sociedad “civilizada”, le impide en el momento de actuar, comprender la ilicitud de su actuación.

119. RUIZ, Servio Tulio. Teoría del Hecho Punible. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1980. p. 101.

120. REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho Penal. 10ª ed. Bogotá: Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1986, p. 256.

121. *Ibid.*, p. 262.

122. *Ibid.*, p. 263.

123. REYES ECHANDIA, La inimputabilidad, Op. cit., p. 242.

124. *Ibid.*, p. 241.

Confirma la anterior apreciación el mismo REYES, cuando concluye:

Es posible desde, luego que la inimputabilidad del indígena provenga de inmadurez psicológica o de trastorno mental, en cuyo caso no es su condición de indígena la que determina su inimputabilidad, sino su inmadurez sicosomática o su alteración biosférica —predicables de cualquier ser humano— las que en el caso concreto impidieron que comprendiese, aún en su propio ambiente, la ilicitud de su conducta<sup>125</sup>.

Continúa esta línea de pensamiento el doctor VELEZ VELEZ<sup>126</sup>. La complejidad de la problemática está centrada en la aplicación del derecho penal a personas de cultura diferente de aquella que ha producido la norma y que debe aplicarla. Fue consciente este autor de la existencia de “situaciones no psicológicas sino culturales en las cuales los sujetos, por estar inmersos en una determinada cultura, con todos los condicionamientos que ello implica, al ejecutar un hecho típico, no tienen ‘la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión’, porque a la luz de sus patrones culturales la conducta puede ser totalmente lícita y socialmente adecuada”<sup>127</sup>.

Pero ¿qué sucede con esta causal “cultural de inimputabilidad”, si el Código Penal en su artículo 31, solamente alude a causales específicas? Que algún sector doctrinario, “extienda artificiosa, pero justamente, el alcance del término ‘inmadurez psicológica’ a los casos que pudiéramos llamar de ‘inimputabilidad cultural’”<sup>128</sup>.

Esta interpretación doctrinaria, implica, igualmente, el estudio de figuras afines, tal sería el caso de las “causales culturales de justificación”, “que se manifiesta cuando una determinada conducta, usualmente ilícita en una cultura —demostramos por caso que carece de derecho escrito— es permitida y aun social y culturalmente exigida en casos excepcionales”<sup>129</sup>.

125. *Ibid.*, p. 240.

126. Licenciado *Honoris Causa* de la Facultad de Antropología de la Universidad de Antioquia.

127. VELEZ VELEZ, Luis Fernando. Causales culturales de justificación. *En*: Nuevo Foro Penal. N° 28. Bogotá, 1985; p. 237.

128. *Ibid.*, p. 237.

129. *Ibid.*, p. 238. Tal sería el caso de una cultura que castigara el homicidio y mayormente el homicidio en la persona de los hijos y, más aún, si se tratara de recién nacidos pero que, tratándose, por ejemplo de mellizos o de criaturas deformes, obligara a los padres a sacrificarlos por razones mágicas o religiosas, o por otros motivos. (*Ibid.*)

En otro lugar, VELEZ VELEZ, rechaza la calificación de inimputable por inmadurez psicológica, que pretenda dársele a un indígena no civilizado, “por el solo hecho de estar ubicado cultural o socialmente dentro del ‘salvajismo’ o ‘semisalvajismo’ (usando la caduca clasificación que hace la Ley 89 de 1890). No se puede forzar el término de ‘inmadurez psicológica’, propio de la psicología, hasta el punto de que llegue a convertirse en un problema cultural, ni mucho menos racial”<sup>130</sup>.

### 3.3.3.3. Evaluación jurisprudencial de la posición negativa

La Corte Suprema de Justicia a través de su Sala de Casación Penal, ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre este tema, y más específicamente apoyando la tesis que hemos desplegado en el último acápite, vale decir, la que hemos denominado “posición negativa”.

Tres aspectos son dignos de destacar de los pronunciamientos jurisprudenciales que a continuación se transcriben:

1) Señala la Corte, expresamente, que los factores generadores de la inimputabilidad, son tres: la inmadurez psicológica, el trastorno mental y los fenómenos socio-culturales. La presencia comprobada de una de estas fuentes, impide al sujeto activo comprender que está destruyendo o poniendo en peligro un determinado bien jurídico, típicamente protegido.

En casación de octubre 13 de 1982, con ponencia del doctor ALFONSO REYES ECHANDIA afirmó la Corte Suprema:

INIMPUTABLE es, al contrario, la persona que al realizar la conducta típica no estaba en condiciones de conocer y comprender la antijuridicidad o de autorregularse de acuerdo con dicha comprensión por INMADUREZ PSICOLÓGICA, TRASTORNO MENTAL O FENÓMENOS SOCIOCULTURALES; la presencia comprobada de una cualquiera de estas fuentes le impide al sujeto darse cuenta de que está destruyendo, disminuyendo o poniendo en peligro determinado interés jurídico típicamente protegido por fuera de las situaciones en que pudiera hacerlo lícitamente...<sup>131</sup>

130. VELEZ VELEZ, Luis Fernando. El Problema de la Inimputabilidad de los indígenas en el Nuevo Código Penal. *En*: Nuevo Foro Penal. N° 11. Bogotá, 1981; p. 360.

131. Gaceta Judicial. Tomo CLXX (2408), p. 636-637.

Reconoce la Corte que los conceptos de inmadurez psicológica y trastorno mental, no alcanzan a definir todos los fenómenos de tipo sociocultural inmersos, en un momento determinado, en la definición de inimputabilidad. ¿Qué entiende la jurisprudencia por *fenómenos socioculturales* como fuente de inimputabilidad? Aquellos factores vinculados a un medio cultural y social, que impiden a ciertas personas sanas de mente y capaces de comprender su comportamiento y de valorarlo como lícito o ilícito, dentro del propio marco de supervivencia cultural; pero que son incapaces de valorar su conducta como lícita o ilícita, partiendo de patrones culturales y jurídicos imperantes en otro medio sociocultural.

Estas referencias están dirigidas a explicar la inimputabilidad contingente del indígena, no radicada en su inmadurez psicológica (a menos que sea menor de 16 años o que no haya madurado aún físicamente, en su propio medio), sino en el choque de valores jurídico-socioculturales.

2) La condición de indígena no civilizado —afirma la Corte— no implica necesariamente inmadurez psicológica. Por pertenecer a un ámbito cultural diverso del correspondiente al llamado hombre civilizado, no permite afirmar que aquél, por ese hecho sea un hombre inmaduro en el sentido estricto del vocablo. Se trata de formas distintas de valorar y de entender los fenómenos propios de la existencia humana, en medios socioculturales diversos e, inclusive, conflictivos.

Considera la Corte que al indígena no civilizado menor de 16 años, que realiza conducta penalmente descrita como ilícita, debe aplicársele medida de aseguramiento consistente en la reintegración a su medio ambiente natural, la que también se aplica al indígena mayor de 16 años, no civilizado, que no padezca trastorno mental, siempre que su condición de indígena no civilizado, le haya impedido conocer y valorar la antijuridicidad de su conducta; pues, aunque no sea inmaduro físico, su situación personal frente al delito, lo coloca ante la imposibilidad de conocer y de comprender esto es, en condición de inimputable.

En providencia de 20 de septiembre de 1984, la Corte, con ponencia del doctor LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO, apuntó:

Desde antes de la vigencia del Código Penal que actualmente rige, la doctrina había estimado que el indígena no civilizado debía ser considerado como inimputable, pero en forma relativa, porque no todo indígena y ni siquiera todos los indígenas no civilizados, por el hecho de tener esa condición personal, esta-

ban en incapacidad de comprender el sentido antijurídico de sus conductas típicas o de comportarse adecuadamente de acuerdo con su comprensión.

El vigente ordenamiento penal no menciona en forma expresa la situación del indígena no civilizado para atribuirle la calidad de *inimputable relativo*, no obstante; al señalar las medidas de seguridad dispone en su artículo 96 que 'Cuando se tratare de indígena inimputable por inmadurez psicológica, la medida consistirá en la reintegración a su medio ambiente natural'.

Una rigurosa exégesis de esa disposición conduciría a la afirmación de que como la principal causa de inmadurez psicológica es la minoría de edad, sólo los indígenas menores que han realizado conductas típicas serían destinatarios de la indicada medida: no obstante, ni el concepto de inmadurez psicológica es tan estrecho, ni tampoco puede serlo el campo de aplicación de la medida consagrada en el inciso final del artículo 96 del C.P.

Adviértese que la expresión del vigente ordenamiento para hacer referencia al indígena, así sea para indicar la medida que en el caso de resultar inimputable le sería aplicable, no es precisamente afortunada, pues si con ella se quiso hacer alusión al menor indígena que realiza conducta punible, su alcance sería bien limitado; por el contrario si a todo indígena no civilizado se le pretende dar el tratamiento de inmaduro desde el punto de vista psicológico, se incurre en una visión deformada de la realidad, pues el hecho de que el indígena tenga un desarrollo cultural diverso del correspondiente al llamado hombre civilizado, en manera alguna permite aseverar que aquél sea inmaduro en el sentido estricto del vocablo. Se trata simplemente de dos visiones diferentes sobre el mundo y, en últimas, de la presencia de dos escalas distintas de valores, sin que sea dable dar preeminencia a alguna de ellas a no ser como el resultado de la imposición de quienes detentan los factores reales de dominación.

En ese orden de ideas y aun cuando se estime que el calificativo de inmaduro psicológico que se endilga al indígena no civilizado es sustancialmente incorrecto, es necesario determinar su alcance dentro del contexto de la codificación promulgada en 1980. En primer lugar es incuestionable que al indígena no civilizado menor de 16 años que realiza conducta penalmente descrita debe aplicársele la medida prevista en el inciso final del artículo 96 del referido código. Pero, además, esta medida será también

aplicable al indígena no civilizado mayor de la edad indicada, que no padezca trastorno mental, y que realice hecho descrito en la ley penal siempre y cuando su condición de indígena no civilizado le impida conocer el sentido antijurídico de su comportamiento o comportarse adecuadamente con esa comprensión, pues aun cuando su condición no sea la de inmaduro, su situación personal frente al delito lo coloca ante la imposibilidad de conocer y de comportarse, esto es, en condición de inimputable. Si se trata de indígena, sea o no civilizado, inimputable por trastorno mental, le serán aplicables las medidas de seguridad contempladas en los artículos 94 y 95 del C.P., según el caso, pues ninguna finalidad rehabilitadora o curativa cumplirá el reintegro a su medio ambiente natural<sup>132</sup>.

Obsérvese cómo la Corte, delimita el concepto de inimputabilidad por inmadurez psicológica, de la inimputabilidad derivada de la condición de indígena no civilizado, con impedimentos para comprender y conocer, en sentido antijurídico de su comportamiento, o para comportarse de acuerdo con esa comprensión, sin que por ello pueda predicarse de él, inmadurez. Se trata de sujeto que posee, una particular visión del mundo, acompañada de una especial escala de valores.

El reintegro a su medio ambiente natural, se aplica a los indígenas no civilizados menores de 16 años y a los indígenas no civilizados mayores de esa edad, que por su condición, sean incapaces de comprender y de valorar jurídicamente su comportamiento, descrito en la ley penal como delito; por exclusión, se consideran ajenos de esta medida, los indígenas civilizados menores de 16 años y los indígenas civilizados o no, por trastorno mental e inmadurez psicológica.

3) La Corte se refiere a la inimputabilidad generada por inmadurez psicológica. Esta debe ser tal, que no permita valorar los patrones de conducta vigentes dentro de la sociedad, cuyas leyes se quebrantan. El indígena por el solo hecho de su condición, no es un inmaduro, se impone probar en cada caso, la existencia del grado de madurez mental, que acredite si en un momento determinado, estuvo o no en condiciones de comprender la ilicitud de su comportamiento, o de determinarse de acuerdo con esa comprensión.

Con ponencia del doctor DARIO VELASQUEZ GAVIRIA, sostuvo la Corte, en fallo de junio 28 de 1983, lo siguiente:

132. RINCON PELAEZ, José J. Jurisprudencia Penal. Corte Suprema de Justicia, 1984-1985. Tomo I. Bogotá: Ediciones Librería Ley y Jurisprudencia, 1986. p. 401-402.

Las dos fuentes generadoras de inimputabilidad que son la inmadurez psicológica y el trastorno mental no se predicán, *per se*, de determinadas personas o grupos de personas ni tampoco de ciertas circunstancias síquicas en que puede encontrarse un individuo en un preciso momento, sino que es necesario probar en cada caso su existencia y, además de eso, acreditar que en razón de una u otra el autor del hecho no estuvo en condiciones, al momento de cometerlo, de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión (artículo 31 de C.P.).

No puede, por tanto, deducirse la inimputabilidad de la simple calidad en el sindicado de indígena o de campesino, sino que se impone establecer que su grado de madurez mental era tan incipiente o precario que no le permitía valorar los patrones de conducta vigente dentro de la sociedad cuyas leyes quebrantó y que, por lo mismo, al cometer el hecho que se le atribuye no estuvo en capacidad de comprender que realizaba algo que era ilícito, ni pudo determinar su comportamiento de acuerdo con esa comprensión.

Si no fuera así, todo indígena y todo campesino que delinquiera, tendría, por el solo hecho de serlo, que ser sometido indefectiblemente a peritación médica para establecer si se está o no en presencia de un inimputable...<sup>133</sup>

#### 4. TOMA DE POSICIÓN: SISTEMATIZACIÓN DOGMÁTICA DEL PROBLEMA PENAL INDIGENA

##### 4.1. JUSTIFICACION

Creemos haber cumplido con la labor expositiva que se hizo en los anteriores apartes, de los aspectos generales y más importantes de la doctrina y la legislación comparada, así como de la ubicación del problema, según los parámetros normativos del Código Penal de 1936 y estatuto punitivo de 1980, en lo que corresponde a la legislación colombiana.

Corresponde en esta parte del trabajo, señalar la posición que hemos asumido en torno al tema planteado: El Indígena ante el Derecho Penal. Trataremos de sistematizar el tema, con algunos alcances de tipo dogmático. En lo posible, trataremos de deslindar aspectos relacionados con la tipicidad (el indígena como

133. En: Corte Suprema de Justicia, Jurisprudencia Penal, 1983 (Compilador: Alfonso Reyes Echandía), Bogotá: Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1985. p. 173.

sujeto activo), la antijuridicidad (causales de justificación), la imputabilidad e inimputabilidad y la culpabilidad (causales de inculpabilidad).

El objetivo central de esta sección, estará encaminado a demostrar, en lo posible, que el artículo 31 del Código Penal no señala taxativamente las causales generantes del estado de inimputabilidad, lo que permite ubicar como tal, al indígena que sin padecer dolencias de tipo sico-somático, ni inmadurez sicológica, se encuentra en un momento determinado, ante la incapacidad de comprender la antijuridicidad de su conducta activa u omisiva o de autorregularse de conformidad con esa comprensión, si existiere, por causas o factores de tipo cultural o socio-político culturales.

#### 4.2. ASPECTOS RELACIONADOS CON LA TIPICIDAD

Como elemento propio de la definición dogmática de hecho punible, la tipicidad ha sido explicada como la abstrácta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible. Esta definición conlleva el estudio de los sujetos, la conducta y el objeto.

En Colombia la ley penal, no se dirige a una determinada categoría de personas, sino a todos los individuos que se encuentran sujetos a su imperio, sean ellos imputables o inimputables. En ese orden de ideas no se discute, en la actualidad, que los indígenas puedan ser sujetos activos de hechos tipificados como punibles y, por ende, destinatarios de la normatividad punitiva.

La doctrina nacional y la jurisprudencia, se muestran acordes con estos planteamientos; sin embargo, hay quienes consideran, que en vista de que el artículo 96-3 alude únicamente a los indígenas inimputables por inmadurez sicológica, cabría preguntarse, ¿qué sucede con el indígena inimputable por trastorno mental? ¿Qué medidas de seguridad se le aplicarían? ¿Las ordinarias? ¿La reintegración a su medio natural? ¿Con apoyo en qué? Habrá que resucitar la vieja polémica del anterior Código, en cuanto a la vigencia de las leyes 89 de 1890 y 72 de 1892? "Esta última alternativa —dice VELASQUEZ VELASQUEZ—, nos tememos mucho, tal vez sea la que se imponga"<sup>134</sup>, aunque reconoce que tales leyes son inconstitucionales, por otorgarles jurisdicción a funcionarios distintos de los de la rama jurisdiccional, "así hayan sido derogados por el actual Código Penal, que extiende la aplicación de la Ley colombiana en toda persona que la infrinja en el territorio nacional"<sup>135</sup>.

134. VELASQUEZ VELASQUEZ, Op. Cit., p. 728.

135. *Ibid.*

Esta inquietud se nos antoja carente de justificación. El hecho de que el artículo 96-3, alude exclusivamente a los indígenas inimputables por inmadurez sicológica, no indica, de manera alguna, que sean éstos los únicos indígenas inimputables, destinatarios de las normas penales. De lógica que si la causa generadora de la inimputabilidad fuere otra, otra igualmente será la medida de seguridad aplicable. Creemos que discusiones de este tipo, se hallan plenamente superadas, por la doctrina, la jurisprudencia y la misma legislación.

Los problemas a resolver en la actualidad son otros.

Ahora bien, ¿quiénes son indígenas para la legislación penal colombiana? El Código punitivo nada define al respecto. No se fijan parámetros que permitan su demarcación étnica o cultural. Solamente el artículo 96-3, señala una especial medida de seguridad para los indígenas inimputables por inmadurez sicológica.

Atendiendo a la definición que trae el artículo 31 del Código Penal del fenómeno de la inimputabilidad, podría pensarse que normativamente careciera de todo interés delimitar conceptualmente la noción de indígena. Pues bastaría con averiguar si este sujeto, al momento de ejecutar el hecho legalmente descrito como punible, estuvo en capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, atendiendo a los factores que la misma norma señala como generante de dicho estado y ubicarlo como inimputable o imputable. Esta conclusión sería válida, si los únicos factores generadores de la inimputabilidad, fueren únicamente la inmadurez sicológica y el trastorno mental.

Pero ello no es cierto. Un indígena puede actuar inimputablemente por factores extraños a los ya mencionados. Su especial situación cultural, enmarcada por específicos patrones sociales, éticos y morales, le impiden asimilar, en un momento determinado, modelos culturales extraños, que sin ser un inmaduro síquico o trastornado mental y sin considerársele por ello un "incivilizado", lo pueden llevar a ejecutar hechos típicos, careciendo de la capacidad suficiente para comprender la ilicitud de su comportamiento o para determinarse de acuerdo con esa comprensión.

Partiendo de esta premisa, consideramos que sí es importante deslindar los niveles culturales imperantes en las comunidades indígenas que aún sobreviven en nuestro territorio, los mismos que están acondicionados a la mayor o menor influencia aculturalista de una sociedad dominante cultural y jurídicamente, que dice llamarse "civilizada".

En la actualidad el indigenismo ha desterrado el concepto de *raza* como parámetro definitorio del indígena; al respecto señala CALVIMONTES que el concepto de indio ha dejado de ser un concepto racial para convertirse en un concepto cultural<sup>136</sup>. Asegura PEREZ que en concepción moderna de indígena "no se menciona propiamente el llamado elemento biológico tradicionalista, según el cual se creaba el vínculo racial, sino otra clase de aglutinantes que en lugar de una *raza* definen un hecho económico y político-cultural con parentesco basado en la similitud de sojuzgamiento más que en la asociación sanguínea. Tampoco se habla de la analogía morfológica para reconocer al descendiente del aborígen, lo que sería apenas una aplicación de la añeja antropología física, sino que el concepto deriva hacia las relaciones de producción y de cambio, únicas que permiten identificar la fisonomía de una época y distinguirla de otra. Los indios, pues, antes que una 'raza', constituyen una clase social"<sup>137</sup>.

El estudio de los grupos autóctonos es, por consiguiente, de pura sociología antes que antropológico, y sus relaciones con el delito constituyen un tema de política criminal, antes que una inquietud biosíquica.

Las modernas posturas indigenistas aceptan que el indígena no es un ser inferior, sino que pertenece a una cultura diferente. LOPEZ-REY asegura que el hecho de que el indígena no esté "preparado" para la civilización que le quieren imponer los blancos y mestizos, no indica una inferioridad, pues la cultura aparejada a una civilización más adelantada, no puede afirmarse que sea una cultura superior a la del indígena, por muy desintegrada que ésta pueda hallarse, debido al rebajamiento económico y social, en que las clases dominantes mantienen el indio. El valor de una cultura radica en su aptitud para hacer un hombre superior, y la cultura occidental, sólo ha hecho un hombre técnicamente más apto, lo que no es igual. A culturas y personalidades diferentes, corresponden también mentalidades diferentes, orientadas a fines y concepciones diversas de la vida<sup>138</sup>.

OLESA MUÑIDO explica que el indígena vive en un mundo diferente al nuestro, fruto del particular contacto del hombre con el medio que le influye y que a su vez, y en cuanto frente a él reacciona, es influido, lo que impide que debamos juzgarlo psicológicamente con arreglo a nuestros patrones culturales y

136. CALVIMONTES, Raúl. El indio ante el Derecho Penal y la Ciencia Penitenciaria. En: Estudio Jurídico-Penal y penitenciario del indio, op. cit., p. 58.

137. PEREZ. Criminología, op. cit., p. 345-346.

138. LOPEZ-REY. Ob. cit., p. 251 y ss.

exige apartar la idea de que la no coincidencia signifique en él mengua de facultades síquicas<sup>139</sup>.

Coincidimos con YRURETA cuando asegura que la diversidad cultural que caracteriza a los grupos indígenas, se proyecta en el campo penal "como una incapacidad de comprender la preceptiva penal dictada por los blancos y de captar la antijuridicidad de acciones delictivas tipificadas por éstos"<sup>140</sup>.

#### 4.3. LOS NIVELES CULTURALES IMPERANTES EN LA COMUNIDAD INDIGENA

La aculturación entendida como la modificación de una cultura bajo el influjo de otra de carácter diferente y que por diversas circunstancias se presenta como *dominante* o *absorbente* o *influyente*, ha permitido la formación de niveles o estadios culturales con problemas de limitación, pero con rasgos generales que permiten una aproximada individualización. Es decir, existen y existirán individualidades indígenas, en los cuales el proceso de integración, incorporación, asimilación, absorción, etc., o como se le quiere llamar, ha surtido profundos, medianos o ningún efecto.

En nuestro país este proceso ha mirado la situación únicamente, desde el punto de vista de los no indígenas, y se actúa frente a las personas, comunidades o población aborígen, como si se tratara de gente sin cultura, sin formas innatas y dignas de respeto; se persigue una liquidación de los indígenas dentro de normas y peculiaridades que les son exóticas. Lo del indígena no sirve, no debe conservarse, a juicio de los defensores de esta política y estrategia; lo importante y valioso, se afirma, es lo que tipifica a los no indígenas, a la cultura occidental, y hay que llegar a esas formas, a esa cultura, para bien de los países y de los propios indígenas.

Esta política —dice RUBIO ORBE— es anticientífica, porque el hombre, los pueblos, por sus características y valores intrínsecos, no pueden ser sujeto de acomodamiento, de mutilaciones ni experimentos que persigan la liquidación de sus características y formas de existencia<sup>141</sup>.

139. OLESA MUÑIDO, Francisco Felipe. Op. cit., p. 224 y ss.

140. YRURETA. Op. cit., p. 8.

141. RUBIO ORBE, Gonzalo. Políticas y Estrategias en el indigenismo de América. En: América Indígena. Tomo XXXVI (3). México, 1976, p. 457.

Tradicionalmente la legislación y la jurisprudencia, así como la doctrina mayoritaria, bautizaron estos niveles, producto de la aculturación e integración, con los peyorativos nombres de grupo "salvaje" grupo "semisalvaje" y grupo "civilizado", de profundo raigambre racista, que compaginaban con las teorías que florecieron en la segunda mitad del siglo XIX y que hoy se conocen como darwinismo y determinismo social o racial, que encontró su tipificación normativa en la ley 89 de 1890.

El profesor VELEZ VELEZ propone una terminología, que pretende erradicar las ficciones antropológicas que han imperado en nuestra legislación. Sugiere el término "*en estado primitivo*" (con alusión al momento histórico en que se produjo el descubrimiento de América), para referirse a los indígenas que las leyes del siglo pasado denominaban "salvajes", atendiendo a lo que era el saber científico de la época. Se trata de aquellos indígenas que no han tenido contacto con "nuestra cultura", predominante y mayoritaria en el país.

Podríamos afirmar que el número de aborígenes en este estadio, es escaso. "De ellos no podría afirmarse que cometen el hecho ilícito con conciencia y voluntad —dice ROMERO SOTO—, con libertad, como para que se pueda hablar de una sanción"<sup>142</sup>.

En segundo lugar tendríamos aquellos indígenas "*en proceso de aculturación*", para referirse a lo que las leyes mencionadas denominaban "semisalvajes". Reconoce allí VELEZ VELEZ, tres etapas, tentativas y teóricas: "*incipiente, media y alta*, para distinguirlas principalmente por las diferencias lingüísticas, de organización social y económicas y sociales"<sup>143</sup>.

Por último, estarían los "*aculturados*", como equivalentes a los que en el siglo pasado se llamaban "civilizados"<sup>144</sup>.

#### 4.4. EL INDIGENA COMO SUJETO INIMPUTABLE

##### 4.4.1. Inimputabilidad sicosocial

En otro lugar de este trabajo tuvimos oportunidad de presentar un esquema general de los conceptos de imputabilidad e inimputabilidad en el Código Penal

142. Intervención de Luis E. Romero Soto, como integrante de la Comisión redactora de 1974, en la sesión del 23 de julio de 1972 (acta N° 9).

143. VELEZ VELEZ. El problema de la inimputabilidad, Op. cit., p. 376.

144 *Ibid.*, p. 377.

de 1980, donde tuvimos oportunidad de señalar las posiciones que se debatían en la doctrina, en torno a la ubicación del indígena como inmaduro psicológico<sup>145</sup>.

Corresponden en esta oportunidad, esbozar nuestras inquietudes sobre esta temática. Siguiendo las enseñanzas del profesor REYES ECHANDIA, también nosotros creemos que los factores generadores del estado de inimputabilidad que señala el artículo 31, no son taxativos. Es posible probar que pueden darse los presupuestos de este estado, sin tener que recurrir a los conceptos de inmadurez psicológica o de trastorno mental. Específicamente se trata de aquel indígena con la madurez sicosomática necesaria para comprender la ilicitud de su propia conducta, pero que por pertenecer a civilizaciones que han desarrollado una infraestructura cultural, con innatos patrones de comportamiento, que no se compaginan en su valoración e interpretación, con aquellos desarrollados en estratos sociales tan disímiles como el nuestro, no posee los mecanismos de adaptación social que le permita conocer, comprender y asimilar normas éticas y morales que rigen la vida de relación, del conglomerado que impone coactivamente las pautas de conducta.

En otras palabras, se presenta un conflicto de civilizaciones, que se traduce en una criminalidad determinada, casi siempre, por una incursión brusca a un medio cultural hasta entonces desconocido para el indígena.

De esta manera puede afirmarse, que existe un índice cualquiera de la criminalidad indígena, que no depende de la inmadurez mental, intrínsecamente considerada, es decir, referida solamente a la edad, ni de su enfermedad mental (para citar las fuentes naturales de inimputabilidad), sino a las fallas que se traducen, en la carencia de mecanismos de adaptación social. De allí que se haya afirmado que el indígena "dentro de su medio, obra en forma que podríamos denominar normal, con madurez psicológica y sin trastornos mentales", no siendo científico denominar inmaduro psicológico o trastornado mental, al indígena que se comporta delictuosamente "en el momento en que se produce el contacto entre su especial mundo y el mundo civilizado"<sup>146</sup>.

145. Cfr., *supra*, Nos. 3.3.3.1 y 3.3.3.2.

146. Acta N° 51, correspondiente a la sesión del 11 de mayo de 1973. En: Actas del Nuevo Código Penal Colombiano. Op. cit., p. 307. De esta forma VELASQUEZ GAVIRIA rechaza el planteamiento de JULIO SALGADO VASQUEZ, quien consideró que una norma específica sobre la regulación de los indígenas, equivalía a repetir, innecesariamente, el principio general, que define la inimputabilidad. "No creo que la norma sobre los indígenas sea innecesaria repetición". *Ibid.*

Las consideraciones actuales de la doctrina y jurisprudencia nacionales, rescatan el concepto de inimputabilidad por factores eminentemente socio-culturales que, por ende, rechaza el parecer de aquellos que sostienen que el indígena por haber vivido y nacido en un medio cultural y social distinto, "no posee un siquismo maduro, desarrollado, que le permita comprender en muchos casos los fenómenos que pueden suceder en un medio que contrasta violentamente con el suyo"<sup>147</sup>.

A propósito afirma VELEZ VELEZ, que no parece posible aceptar que el indígena por el solo hecho de estar ubicado cultural o socialmente dentro del llamado etnocentristamente "salvaje" o "semisalvaje", permita afirmar la inmadurez psicológica del sujeto<sup>148</sup>.

Con razón, hace algunos años, VELASQUEZ VELASQUEZ, formulaba un interrogante, al cual no encontró en el momento, una solución satisfactoria: "¿Qué se hace con un indígena cuyo comportamiento no encuadra en ninguno de los estados a que alude el artículo 31? ¿Qué se hace con un indígena 'maduro' desde su perspectiva cultural, pero que ha infringido la ley penal colombiana y no es ni inmaduro psicológico ni trastornado mental?"<sup>149</sup>.

Hoy, no cabe duda que esta inquietud se resuelve dentro de los propios parámetros que señala la citada disposición. Se le considerará inimputable recurriendo a la llamada por VELEZ VELEZ, causal de "inimputabilidad cultural", en los términos ya explicados. Para ESTRADA VELEZ, si el comportamiento delictivo de un indígena no encuadra dentro de las previsiones del artículo 31, "es obvio que se le aplican penas en cuanto es imputable, porque pudo comprender la ilicitud de su acción y determinarse de acuerdo con esa comprensión"<sup>150</sup>. Debe entenderse esta solución en el sentido de que lo importante para solucionar el caso planteado, está en resolver si el indígena pudo o no comprender la ilicitud de su acción, en este sentido será imputable o inimputable. No creemos que la calificación de imputable, esté referida, por este autor, a un reprochable e inconcebible proceso de eliminación: si no es inmaduro psicológico, ni trastornado mental, será imputable.

147. ESTRADA VELEZ, Federico. Derecho Penal. P.G. 2 ed. Bogotá: Editorial Temis, 1986, p. 256.

148. VELEZ VELEZ. El Problema de la inimputabilidad, Op. cit. p. 360.

149. VELASQUEZ VELASQUEZ, Op. cit., p. 728.

150. ESTRADA VELEZ. Derecho Penal, Op. cit., p. 246.

#### 4.4.2. Relatividad en la calificación de inimputable

La posición que defendemos en este trabajo, no implica que estemos cohesionando con quienes sostienen la calificación de inimputabilidad del indígena, atendiendo a su propia naturaleza de "incivilizado".

El concepto o calificación de inimputabilidad del indígena, es relativo, porque ella supone análisis de su situación personal, que permita conocer el grado de entendimiento y comprensión que tiene de las leyes y costumbres de la sociedad gobernante<sup>150A</sup>.

Cuando a un proceso penal —dice REYES ECHANDIA— se vincule como sindicado a un indígena, necesario es someterlo a cuidadoso examen pericial, para explorar los planos biológico, psicológico y socio cultural de su personalidad; con base en tal estudio habrá de ser calificado como imputable o inimputable<sup>151</sup>.

Ya, en alguna oportunidad, la Corte Suprema rechazó la posibilidad de deducir la calidad de inimputable, de mera condición de indígena o campesino, sino que se impone establecer que su grado de madurez mental, era tan incipiente o precario, que no le permitía valorar los patrones de conducta vigentes dentro de la sociedad, cuyas leyes quebrantó<sup>152</sup>.

Queda claro, entonces, que tal como se halla estructurada la noción de inimputabilidad en el Código Penal colombiano, no puede afirmarse, que el indígena colombiano, pueda ser considerado inimputable por el sólo hecho de pertenecer a otra cultura. La inimputabilidad, en este caso, está referida a la normalidad que desarrolla en su mundo circundante ecológico y cultural, por lo cual, no logra comprender los valores jurídicos de nuestra sistema social dominante y por eso choca contra ellos. Es decir, el indígena que se desenvuelve perfectamente como maduro, que comprende los valores de su propia comunidad, que dirige su conducta conforme con ellos; pero que es incapaz de comprender la ilicitud de sus acciones, conforme al criterio del orden jurídico nacional, o es incapaz de acomodarlas a las valoraciones que dicho orden impone, cuestión de hecho que habrá de acreditar caso por caso<sup>153</sup>.

150A. REYES ECHANDIA. La Imputabilidad, Op. cit., p. 88.

151. *Ibid.*, p. 237.

152. Corte Suprema de Justicia. Jurisprudencia Penal 1983, Op. cit., p. 173. Además, cfr., no. 3.3.3.3.

153. FERNANDEZ CARRASQUILLA. Op. cit., p. 246-247.

La calidad de indígena, por sí misma —dice REYES ECHANDIA— no genera inimputabilidad; es necesario demostrar que el indígena sindicado de una infracción penal determinada no estaba en condiciones socioculturales de comprender su ilicitud y de obrar libremente en consecuencia. Y para llegar a esa conclusión, creemos que el juez debe asesorarse de peritos (sicólogos, antropólogos y sociólogos). Si del estudio pertinente que el juzgador realice se llega a la conclusión contraria, tendría que reconocer la imputabilidad del indígena<sup>154</sup>.

#### 4.4.3. Peritación siquiátrica y antropológica

En su delicada misión de administrar justicia, el juez debe estar acompañado del concepto técnico y científico que emita el experto en aquellos asuntos y que son ajenos a su especialización. El perito, siquiatra y juez tienen, cada uno dentro de su propia esfera —clínica respecto del primero y jurídica con relación al segundo— una importante misión: la de examinar, el primero, con todo rigor científico que corresponde a su disciplina, si el sindicado padece de trastorno mental o presenta inmadurez psicológica, si en el momento de realizar el hecho mostraba síntomas propios de anomalías o inmadurez, que le hubiere impedido comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse conforme a dicha comprensión, y si existió relación causal entre esa anomalía sico-somática o esa inmadurez y el delito cometido; y la de decidir, el segundo, si el sujeto en cuestión debe ser considerado como imputable o inimputable, para los efectos legales pertinentes<sup>155</sup>.

¿Qué tipo de experticio se requerirá, cuando se trate de analizar la conducta de un indígena, que no es inmaduro psicológico, ni padece de trastorno mental? En este evento el juicio de inimputabilidad, “sólo puede pronunciarse con base en un dictamen antropológico pues normalmente, en su caso, ni el examen médico-legal ni el siquiátrico-forense arrojarán luz alguna y están por esto descartados de antemano”<sup>156</sup>.

Enseña VELEZ VELEZ que en este último caso, debe recurrirse al dictamen de carácter antropológico, “dictámenes que deberían ser rendidos en término de antropología cultural, o social, porque el carácter del individuo en cuanto a su

situación cultural no era un problema de individualidad sino de patrones colectivos”<sup>157</sup>.

Cuando se tienda a establecer si el indígena es inimputable —dice VELEZ VELEZ— deberán solicitarse exámenes tanto de antropología como de psicología, y si fuere el caso de siquiatría. El antropólogo responderá sobre la cultura del respectivo grupo, sus creencias, prohibiciones, regulaciones, autoridad, escala de valores, etc. Sobre esta base, el psicólogo podrá afirmar si el indígena es inmaduro psicológicamente o si, sin serlo, puede predicarse de él otra forma de inimputabilidad por incapacidad de comprender y querer su acto<sup>158</sup>.

Dentro del mismo contenido, el antropólogo VELEZ VELEZ, apunta más adelante:

Así las cosas, el pertenecer a determinada raza o el hablar determinado lenguaje o el habitar un paraje remoto, no son rasgos que mirados aisladamente permitan establecer un juicio sobre ‘cual es el grado cultural de la comunidad’ o sobre ‘si esa comunidad es salvaje’. Es el estudio de toda su cultura en el tiempo y en el momento, comparado con el estudio de otra cultura (en este caso la nuestra, la del investigador o la del señor juez o la del perito), también en todos sus aspectos, lo que permitirá adelantar un juicio que en todo caso no podrá emitirse modernamente en términos de ‘salvajismo’ o ‘civilización’... Entonces, cuando se nos pregunta si tal o cual comunidad puede considerarse como ‘civilizada o no’, debemos comparar su cultura con un sector social equivalente dentro de la cultura colombiana<sup>159</sup>.

El valor científico del dictamen antropológico, se pone de presente al momento de evaluar comportamientos típicos de individuos que, aun viviendo los efectos de la integración, pueden ser calificados de inimputables. En algún dictamen

157. VELEZ VELEZ. El Problema de la Inimputabilidad, Op. cit., p. 359.

158. *Ibid.*, p. 362.

159. *Ibid.*, p. 376. El perito antropólogo, concluye el análisis de la conducta de dos miembros de la comunidad indígena catía, comparando “lo que es la cultura de los integrantes de la comunidad indígena de ‘La Encamación’, Urrao, en la década 1970-1980, con lo que es la cultura propia de los campesinos del occidente y del suroeste antioqueño, durante la misma época y no deteniéndonos tanto en las superficialidades que evidencia la tecnología, como en los aspectos espirituales y sociales de la cultura”. *Ibid.*

pericial rendido por el doctor VELEZ VELEZ, se pronunció sobre la "situación antropológica" de ciudadanos indígenas quienes "a pesar de su deficiente bilingüismo; a pesar de que uno de los sindicatos haya estudiado hasta tercero de primaria; a pesar de que se trate de ciudadanos cedulados; a pesar de que usen indumentaria no autóctona y a pesar de cualquier otra manifestación cultural acorde con la cultura predominante en Colombia... me lleva a concluir que se encuentran sustancialmente inmersos en los aspectos más fundamentales de la cultura emberá-catía y que por lo tanto pueden considerarse plenamente como ciudadanos culturalmente indígenas. Sus creencias sobre el origen de la enfermedad y de la muerte y sobre el poder de los *jaibanás*, concuerdan plenamente con que es propio de la mencionada cultura indígena y ésta, a su turno, es concordante con las características universales de la llamada 'mentalidad primitiva'<sup>160</sup>.

Es importante traer a colación un famoso dictamen jurídico en un caso de filicidio, juzgado en la República Argentina en el año de 1966. El antropólogo MIGUEL H. GONZALEZ, conceptuó sobre la conducta de un aborigen acusado de dar muerte a un hijo por carecer de sustento económico para cuidar de él.

Marginado en su incorporación a la cultura occidental —dice GONZALEZ—, ante la ley, Peña es un ciudadano pleno, pero en el contexto cultural propio, aquella situación lo invade negándole trascendencia: es decir, se da un bloque cultural que impide, por una parte el logro pleno de un desarrollo mental a la manera occidental, ya que sin un grado avanzado de educación resulta imposible aplicar una escala de valores que a nosotros alcanza, a aquellos que no han tenido la oportunidad de cambiar, si es que el cambio, en la dirección que se desea, es aquél que pudiera resultar el más beneficioso para ellos desde su propio punto de vista...

Nosotros estamos considerando el delito cometido por un hombre que pertenece cabalmente a una economía de recolección, de caza y pesca, que constituye la forma más sencilla con la cual el hombre toma una parte de la producción natural... los indios *chaquenses*, sometidos a la constante presión de la falta de especificidad que caracteriza la acción del hombre en la zona, con la consecuente degradación que ha involucrado para el indígena el occidente histórico de nuestra cultura, y que para *Baudeau*, es crimen y delito.

160. VELEZ VELEZ. Causales culturales de justificación, Op. cit., p. 246-247.

La sociedad de los *mataco*, a que pertenece Peña, ha sido incorporada pero no adaptada al medio de civilización: su respuesta es clara en algunos hechos: ha pasado a integrar un grupo socio-cultural menos uniforme (la mecanización de las cosechas, la tenencia de la tierra, los sistemas de crédito, el tipo de relaciones laborales, han influido para que así ocurriera), con crisis de valores y disgregación de los modelos tradicionales: una disgregación que busca el equilibrio en el plano trascendente, en algunas de las variadas formas que asumen las religiones de salvación que los han invadido. Hay una evidente percepción distinta de los fines o de los imperativos de orden étnico y moral de las leyes y costumbres de la vida civilizada<sup>161</sup>.

#### 4.5. LOS INDIGENAS Y LAS CAUSALES DE JUSTIFICACION E INCULPABILIDAD

Actúa típicamente quien ejecuta conducta legalmente descrita en un tipo penal determinado; ese comportamiento será antijurídico si vulnera un interés jurídico, penalmente tutelado, sin causa alguna que justifique tal vulneración.

Si inimputable es quien ejecuta la conducta legalmente descrita, pero con incapacidad, en el momento de ejecutar la conducta, de comprender su ilicitud o de autodeterminarse conforme a dicha comprensión por inmadurez psicológica o trastorno mental, es naturalmente posible que un inimputable pueda actuar típica y antijurídicamente, porque para ello no se requiere en el agente conciencia de ilicitud.

A partir de 1984, la Corte Suprema de Justicia delimitó los presupuestos necesarios para la configuración del estado de inimputabilidad. Se habló entre otros requisitos, de la *necesaria relación de causalidad* "entre la inmadurez o el trastorno y la conducta realizada, esto es, la afirmación indubitable de que el sujeto actuó así en razón y por motivo del trastorno o la inmadurez"<sup>162</sup>.

161. GONZALEZ, Miguel H. Peritaje jurídico en un caso de filicidio. En: América Indígena. Tomo XXVIII (4). México, 1968 p. 907-918. Concluye el experto: "...el contexto sociopolítico que lo involucra en tanto ciudadano de un país con leyes que no conoce ni comprende y en todo caso acata cuando su materialización lo alcanza a través de los recursos de esa misma ley, el acto homicida se trasunta como un requisito, que 'en el marco de la realidad mental de la comunidad primitiva en la cual vive, es de orden verdaderamente moral' ". *Ibid.*, p. 916.

162. RINCON PELAEZ. Op. cit., p. 400.

De este texto debemos concluir que no todo inmaduro síquico, ni todo enajenado, que realiza conducta típica, debe ser calificado de inimputable. En el año de 1982, AGUDELO BETANCUR, delimitó este requisito en los siguientes términos:

Frente a un hecho materialmente dañoso cometido por una persona con inmadurez psicológica o trastorno mental, es necesario examinar si estos fenómenos pueden ser colocados como *causa* de tal hecho, o, lo que es lo mismo, es preciso examinar si el hecho materialmente dañoso es predicable como *efecto* de esa enajenación o esa inmadurez. Si la respuesta es positiva, estamos en presencia del fenómeno de la inimputabilidad y si es negativa, hay que descartarlo<sup>163</sup>.

De estos planteamientos, deduce AGUDELO BETANCUR, que si un enajenado o un inmaduro realiza hecho dañoso materialmente, "en circunstancias tales que se concrete una causal de atipicidad, justificación o inculpabilidad... no puede ese enajenado o inmaduro ser considerado como inimputable en la medida en que no puede predicarse la relación mencionada entre el hecho *efecto* y la enajenación o inmadurez como *causa*"<sup>164</sup>. Reconocida la causal de atipicidad, justificación o de inculpabilidad, no podrá afirmarse "que a un inimputable se le está reconociendo una causal de atipicidad, justificación o de inculpabilidad, *si no que simplemente que no estamos en presencia de un inimputable* (por falta de la relación ya dicha)"<sup>165</sup>.

En conclusión, puede sostenerse que las causales de justificación y de inculpabilidad deben reconocerse en quien concurren los requisitos de cualquiera de ellas, sea la persona imputable o inimputable, o mejor, inmaduro síquico o trastornado mental.

Consideramos —dice REYES ECHANDIA— que un menor de 16 años o un trastornado mental están en condiciones de ejecutar acciones u omisiones típicas y antijurídicas en situaciones caso fortuito o fuerza mayor, insuperable coacción ajena o error invencible sobre el tipo o la antijuridicidad, sin que en ninguno de

163. AGUDELO BETANCUR, Nodier. Los Inimputables frente a las causales de justificación e inculpabilidad. Bogotá: Editorial Temis, 1982. p. 42.

164. *Ibid.*, p. 42.

165. *Ibid.*, p. 43. En el mismo sentido, cfr., ESTRADA VELEZ. Derecho Penal, Op. cit., p. 242; REYES ECHANDIA. La imputabilidad, Op. cit., p. 285-286.

estos casos la causa de tales comportamientos haya sido su incapacidad de comprender la ilicitud del hecho o la imposibilidad de actuar de otra manera, en razón de su inmadurez o de su trastorno mental<sup>166</sup>.

La Corte Suprema de Justicia ha aceptado, sin reservas, que un sujeto que padezca trastorno mental o inmadurez psicológica, puede actuar justificadamente, o en cualquiera de las causales de inculpabilidad.

En pronunciamiento de 28 de octubre de 1986, con ponencia del doctor RODOLFO MANTILLA JACOME, señaló esta Corporación:

No existe ningún obstáculo, sin embargo, para aceptar que un sujeto que padezca trastorno mental o inmadurez psicológica, puede actuar justificadamente o que en su acción ha concurrido circunstancia de exclusión de la culpabilidad, sin que sea dable calificarlo sólo por ese padecimiento como inimputable. Con relación a las causas de justificación por cuanto son de naturaleza preponderantemente objetivas y frente a las causales de inculpabilidad porque si ellas realmente se presentaron, la causa determinante del hecho no fue ni el trastorno mental o la inmadurez, sino la presencia de una cualquiera de las razones expresamente señaladas en el artículo 40 del Código Penal, esto es, porque en este supuesto no se da la necesaria relación causal entre la inimputabilidad y el hecho, que conduzca a destacar su incapacidad de ser culpable, sino que fue una razón diversa como el caso fortuito, la fuerza mayor, la coacción o el *error*, la que condujo a la persona a la realización de comportamiento típicamente antijurídico.

En estas condiciones, dentro de los lineamientos del Código Penal de 1980, también puede predicarse la responsabilidad penal de los inimputables sobre el supuesto de que realicen conducta típicamente antijurídica y siempre que no haya concurrido causal de exclusión de la culpabilidad<sup>167</sup>.

166. REYES ECHANDIA. La Imputabilidad, Op. cit., p. 285.

167. Gaceta Judicial. Tomo CLXXXV (2424), p. 431. REYES ECHANDIA resume su pensamiento en los siguientes términos: requisitos: a) que su conducta sea *típica*; b) que sea *antijurídica*, y lo será cuando no lo favorezca ninguna causal de justificación, y c) que no haya actuado dentro de una causal de inculpabilidad ajena a su condición de inimputable (por ejemplo, insuperable coacción ajena). Derecho Penal, Op. cit., p. 265.

Es importante la aclaración que formula REYES ECHANDIA, cuando acepta que no hay contradicción jurídica al afirmar que los inmaduros síquicos y trastornados mentales no pueden actuar culpablemente, pero sí quedarían cobijados por una causal de inculpabilidad cuando ella es ajena a la inmadurez psicológica o al trastorno mental generadores de inimputabilidad; "a contrario sensu, si las causas de inculpabilidad es fruto de aquellas fuentes de inculpabilidad, no se le tendrá en cuenta para efectos de su responsabilidad; como cuando un esquizofrénico, ebefrénico, en razón de su anomalía confunde a una persona con una fiera que le ataca, y le da muerte, dado que tal error es resultado de su anormalidad"<sup>168</sup>.

Creemos oportuno referirnos a los planteamientos jurídicos que formula BENITEZ NARANJO en su trabajo *Tratamiento Juridicopenal del indígena colombiano. ¿Inimputabilidad o inculpabilidad?*<sup>169</sup>. BENITEZ parte de un concepto que trae ZAFFARONI, al estudiar las causas de inculpabilidad: *El error culturalmente condicionado*. El sujeto conoce la norma prohibitiva, pero no la puede internalizar o comprender por razones culturales. Es el caso del indígena que, orientado por sus propios modelos culturales, *conoce* la antijuridicidad de su conducta (practica una inhumación conforme a su ritual, conociendo que existen leyes que prohíben esa forma, por el peligro de propagar enfermedades), pero "no obstante, el sujeto no podrá internalizar (comprender) la antijuridicidad de su conducta, porque frente a la importancia del ritual funerario, el riesgo le parecerá siempre nimio y podrá exigírsele que lo comprenda de otra manera"<sup>170</sup>.

Frente a la legislación penal colombiana, este indígena puede ser calificado de inimputable, pues si recordamos que de conformidad con el artículo 31 del Código Penal, pueden darse dos formas de inimputabilidad: una que se origina en la imposibilidad del sujeto para darse cuenta de que actúa antijurídicamente en el caso concreto ("no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud"), otra que se presenta cuando la persona a pesar de percatarse de la ilicitud de su comportamiento, no puede actuar en sentido diverso ("o de determinarse de acuerdo con esa comprensión").

En el caso estudiado por ZAFFARONI, el factor generante de la inimputabilidad, no será ni la inmadurez psicológica, ni el trastorno mental, porque se trata de un indígena "maduro" en su medio y sano de mente. Nos encontramos frente a

168. REYES ECHANDIA. La Imputabilidad, Op. cit., p. 286-287.

169. Publicada por Editorial Temis, Bogotá, 1968.

170. ZAFFARONI, Op. cit., p. 200.

un indígena que conociendo la antijuridicidad de su conducta, no puede autode-terminarse libremente ("no puede internalizar —comprender— la antijuridicidad de su conducta", dice ZAFFARONI), porque han fallado los mecanismos de adaptación social, su escala de valores no concuerda con la que rige en una sociedad que impone sus propios modelos de conducta. La inimputabilidad del indígena, en estos casos, se funda en un conflicto de culturas que le impide en el momento de actuar, darse cuenta de la ilicitud de su comportamiento, tal como ella es entendida por la cultura dominante, desde donde se valora penalmente la acción u omisión investigada.

BENITEZ afirma que el indígena que delinque en virtud de un condicionamiento cultural, no está en capacidad de "detectar la antijuridicidad material del acto que realiza porque las pautas culturales internalizadas dirigen su entendimiento a otra forma de comprender la realidad" y, por ende, no puede actuar con dolo, no quedando más remedio que buscar por la vía del error invencible una causal de inculpabilidad. Seguidamente concluye:

El error culturalmente condicionado es siempre invencible cuando el sujeto obra conforme a otro modelo cultural, pues por mucho que hubiera esforzado su conciencia no hubiera podido valorar como materialmente antijurídica (lesiva, dañosa) para nuestra comunidad una conducta que dentro de la suya no se concibe de idéntica manera<sup>171</sup>.

Cree, entonces, este autor que la solución para el indígena que actúa condicionado culturalmente, no se encuentra en declararlo inimputable, sino en reconocerle el error como causal de inculpabilidad.

Efectivamente, creemos que la conducta del indígena, que sin ser un inmaduro síquico, ni un trastornado mental, que imbuido de valores y modelos culturales propios de su comunidad, ejecuta conducta tipificada como punible en una sociedad que conserva una valoración cultural completamente distinta, es una persona a la cual no se le puede deducir responsabilidad por haber actuado, desconociendo, por ignorancia invencible que su comportamiento se encontraba descrito en la ley como hecho punible. Abordando la terminología dogmática

171. BENITEZ, Op. cit., p. 176-177. Previamente, BENITEZ hablando del indígena que no es inmaduro psicológico ni trastornado mental, puntualiza: "la relación existente, de causa a efecto (entre factor generante de la inimputabilidad y conducta), se configuraría entonces entre la circunstancia de pertenecer a otra cultura diferente y en virtud de ello realizar una acción que para la cultura hegemónica resulta delictiva; es decir, para el caso del delito proviene de una causa que no es factor de inimputabilidad". *Ibid*, p. 122.

colombiana, cabe afirmar que este individuo puede ser considerado inculpable por *error de tipo* (considera que su conducta no se halla regulada como 'delito', en términos profanos), o *error de prohibición* (el sujeto no tiene conciencia de la ilicitud de su conducta).

Corroborar esta apreciación YRURETA, cuando plantea:

"La inculpabilidad puede ser declarada tanto cuando el indígena no integrado ignoraba que su acción contravenía las reglas penales vigentes, como también cuando él supuso que las circunstancias de hecho permitían la realización legítima de la acción que se le imputa (por ejemplo, si creyó que estaba autorizado a matar al brujo como manera de defenderse de sus conjuros)".<sup>172</sup>

DURAN trae a colación el caso de la muerte de un brujo ciego y de su lazarillo, acordada en un acto colectivo por los indígenas del cantón Palca (Bolivia), porque le atribúan los graves males que sufrían sus sembrados y ganados, por sortilegios y manipulaciones, que suponían diabólicos; a juicio de los indios, la muerte del brujo era la única forma de librar a la comarca de sus daños. La Corte Suprema de Bolivia cambió la calificación del Tribunal de la instancia, que los había condenado como autores de asesinato con circunstancias agravantes (temibilidad, traición y asechanza). La Corte manifestó al respecto:

La condición de ignorancia invencible y supersticiones fanáticas en que todavía viven los indígenas de ciertos cantones apartados de los centros de cultura nacional, aferrados aún en las creencias de brujos y hechicerías, que forman para ellos convicción absoluta y los determina a proceder según prácticas consuetudinarias que la influencia civilizadora no ha podido desarraigar.<sup>173</sup>

#### 4.6. CONSIDERACIONES PRACTICAS DE LA ANTERIOR POSICION

Nos referimos a la posición que defiende BENITEZ, de resolver el problema del indígena que delinque por factores sicosociales, a través de la inculpabilidad (error), desconociendo el contenido de la inimputabilidad.

172. YRURETA, Op. cit., p. 130.

173. DURAN P. Op. cit., p. 184.

¿Qué reparo nos merece esta solución? Simplemente que nos quedamos sin saber, si un indígena en estas condiciones es un individuo imputable o inimputable; es decir, si está o no en capacidad de conocer y comprender que actúa antijurídicamente o que pudiendo comprenderlo, está o no en condiciones de actuar diversamente, con lo cual se resquebrajaría la noción dogmática de hecho punible, como conducta típica, antijurídica y culpable. "Sólo interesa al derecho penal el que una persona sea imputable o inimputable cuando realice un comportamiento descrito en la ley como delito... El derecho penal es una regulación normativa de los comportamientos socialmente inadecuados, para señalarles unos efectos punitivos pero no podría cumplir correctamente su misión si no estuviera en condiciones de distinguir entre los protagonistas de tales hechos, a los sujetos imputables de quienes no lo son".<sup>174</sup>

Sea cual fuera la posición doctrinaria que asumamos, deberemos aceptar necesariamente que la imputabilidad es elemento o presupuesto de la culpabilidad. No podemos arribar a la culpabilidad sin antes evacuar el problema de la imputabilidad o inimputabilidad. La lógica jurídica nos exime de mayores justificaciones.

No podemos, por ello, aceptar este tipo de interpretaciones. Creemos sí, que un indígena en las condiciones descritas, puede ser absuelto por inculpabilidad, pero sin desconocer el contenido de la presunta inimputabilidad, en que pueda encontrarse. Veamos:

Se señaló anteriormente, en este mismo acápite, que un inmaduro síquico o un trastornado mental, está en condiciones de ejecutar conductas típicas y antijurídicas, en situaciones de caso fortuito o fuerza mayor, insuperable coacción ajena o error invencible sobre el tipo o la antijuridicidad (como llama REYES ECHANDIA al error de prohibición), *siempre que no se dé la necesaria relación causal* entre los factores que generan la imputabilidad y el hecho, lo que implicaría afirmar que en el plano jurídico, estos sujetos no actuaron como inimputables, en el momento del hecho y respecto de ellos, no se dan los supuestos del artículo 31 del Código Penal. Es decir, son inculpables, si no son inimputables.

¿Qué sucede con el indígena que no es inmaduro síquico, ni padece de trastorno mental, fenómenos a los que nos hemos estado refiriendo? Que hasta ellos no llega la exclusión que plantea REYES ECHANDIA, AGUDELO BETAN-

174. REYES ECHANDIA. La Imputabilidad, Op. cit., p. 43-44.

CUR y la Corte Suprema de Justicia, en las citas que se hicieron, también en este acápite.

¿Cómo podríamos afirmar que la inculpabilidad por error, no puede reconocerse en favor de un indígena que delinque, porque no está en condiciones de valorar la ilicitud de su conducta, calificada de tal con parámetros culturales diferentes, si el comportamiento fue *causado* por su incapacidad de comprender la ilicitud del hecho?; es decir, ¿cómo les reconocemos la posibilidad de *errar*, si no le aceptamos la causa de ese error? Entonces, debemos reconocer que es un inimputable por factores sico-sociales, para que, igualmente, pueda reconocerse, el error como causal de inculpabilidad.

En forma gráfica podríamos resumir nuestra inquietud:

Es cierto y así lo plantean REYES ECHANDIA, AGUDELO BETANCUR y la Corte Suprema de Justicia, que un trastornado mental que podría ser un indígena esquizofrénico, confunda en la oscuridad a su propia hija con una mujer adulta y yace con ella (ejemplo de REYES). A este sujeto se le considera *inculpable* por error sobre el tipo, porque la inculpabilidad no fue determinada o causada por el trastorno mental, sino en razón de que en su respecto, se dieron integralmente los requisitos propios de la señalada causal, que habría funcionado de la misma manera si el sujeto hubiera sido sano de mente. Se reconoció la inculpabilidad, sin aludir a la inimputabilidad: porque, efectivamente, ésta no existió.

Esta conclusión no podría aplicarse al caso del indígena maduro síquico y sin trastornos mentales, que considera *lícito* y hasta conveniente quitarle la vida al brujo que, en su *sentir*, causó la muerte, con hechicerías a un ser querido. Juzgado este sujeto deberá considerársele inculpable por creer que no existe una norma que consagre su "derecho" a sacrificar a los brujos, pero para ello debemos aceptar previamente que este individuo actuó inimputablemente, vale decir, ejecutó el hecho legalmente descrito como homicidio, sin tener la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento. Si lo consideramos inimputable, ¿en qué fundamentamos su inculpabilidad? Debemos aceptar la *causalidad* en el anterior, la misma que queda descartada cuando se habló de trastorno mental e inmadurez psicológica.

Véase allí, el porqué rechazamos los planteamientos esgrimidos por BENITEZ, al menos a la aplicación que se le quiere dar a las causales de inculpabilidad (error), desconociendo el concepto de inimputabilidad.

FERNANDEZ CARRASQUILLA elabora una posición más ajustable con nuestras tesis. Afirma que si el indígena no puede en realidad comprender, en el caso concreto nuestra cultura, carece de sentido exonerarlo de culpabilidad por "error de prohibición" ya que éste supone la existencia de tal capacidad subjetiva en el agente, que sin embargo ha usado de ella erróneamente; "en tal supuesto, pues, la inimputabilidad es la única salida de *lege lata*. Con esto el campo de aplicabilidad del 'error de prohibición' se circunscribe a los casos de defectuosa comprensión (por un sujeto capaz de comprender) y de insuficiente capacidad de autogobierno de la conducta (comparativamente con sus 'vecinos' y en relación con los valores de la cultura dominante), siempre que el agente no deba ser considerado antropológica y jurídicopenalmente, 'inmaduro'".<sup>175</sup>

#### 4.7. PUNIBILIDAD

La potestad punitiva del Estado se concreta en dos formas jurídicas, a saber: pena y medida de seguridad; una y otra son los instrumentos legales que el Estado utiliza respecto de quienes han sido declarados por el juez penal, responsables.

Respecto de los indígenas, solamente el artículo 96-3 del Código Penal, alude expresamente al indígena inimputable por "inmadurez psicológica" a quien se le aplicará la medida consistente "en la reintegración a su medio ambiente natural".

Doctrinariamente no se discute que el indígena inimputable por trastorno mental, debe recibir el mismo trato curativo que cualquier otra persona en esas mismas condiciones. La controversia se suscita respecto de aquellos que puedan ser calificados de inmaduros síquicos, para quienes se prevé la reintegración a su medio ambiente. Las posiciones en torno a ella van, desde considerarla como una medida verdaderamente novedosa, "que humaniza las relaciones con el indígena inmaduro, (que) conserva los valores antropológicos y evita los traumatismos síquicos y sociales que pueden derivarse de una inadecuada regulación de las medidas que le son aplicables"<sup>176</sup>, hasta quienes consideran que con semejante tratamiento, "se ha establecido ni más ni menos que la pena de muerte para el indígena"<sup>177</sup>.

175. FERNANDEZ CARRASQUILLA, Op. cit., p. 247-248.

176. ESTRADA VELEZ. Derecho Penal., Op. cit., p. 269.

177. SOLIS ESCOBAR, Edilberto. Pena de muerte al indígena en el Código Penal. En: Temas de Derecho Penal Colombiano. Nº 13. Medellín, Señal Editora, 1981, p. 41-42. VELEZ VELEZ. El Problema de la Inimputabilidad. Op. cit., p. 362.

YRURETA considera que el reintegro a su medio ambiente natural, constituye una salida bastante avanzada, que concuerda en apreciable medida con los más acertados enfoques relativos al problema penal del indígena. Esto lo afirmamos —dice— a pesar de nuestra oposición para que el indígena sea declarado inimputable y solamente en razón de que la medida que se le aplica importa restituirlo a su hábitat propio, lo que podría ser entendido como un propósito de dejarlo librado a sus costumbres y modos de vida originario<sup>178</sup>. FERNANDEZ CARRASQUILLA asevera que no se explica como esta “curiosa” medida de seguridad pueda cumplir los fines de curación, tutela y rehabilitación (C.P., art. 12), “en tan singular ‘expulsión noxal’ *al revés*”. Pero considera que este retorno a la ley de la tribu, “es de los menos malos en las legislaciones que toman al indígena como inimputable (real o virtual). Con todo, es sin duda preferible la solución de inculpabilidad por ‘error de prohibición’ (abstracto o directo) invencible, que estará culturalmente condicionado”<sup>179</sup>.

Por otra parte, PEREZ, está convencido de que la medida de reintegración está reconociendo que los indígenas constituyen agrupaciones especiales dignas de respeto. Esta medida no consiste en “volverlos al monte”, en echarlos al hábitat selvático, “sino en integrarlos al medio ambiente colectivo que les es propio, a la relación con sus iguales, de donde no pueden ser desprendidos sino por la coacción de políticas destructoras que les arrebatan su tierra y envilecen su destino. Cuando la ley habla de medio ambiente natural invoca es el medio ambiente social, que es el natural para los indígenas”<sup>180</sup>. Esta medida —concluye este autor— “no obedece a criterios racionales, o racistas, sino a falta de conformidad entre los sistemas culturales”<sup>181</sup>.

Vistas así las cosas, la bondad o perversidad, no pueden ser en ningún momento calificativos, que deban identificar la aceptación política, según nuestros prejuicios sociales, de una medida de esta naturaleza. En última instancia serían los propios indígenas las personas autorizadas para verter un juicio sobre la conveniencia o inconveniencia de la misma. La medida no es buena ni mala, aislada de la situación concreta que se quiera regular; en algunos casos no será la conveniente, pero en muchos otros, será, sin duda, saludable y recomendable.

178. YRURETA, Op. cit., p. 99.

179. FERNANDEZ CARRASQUILLA, Op. cit., p. 247.

180. PEREZ, Luis Carlos. Derecho Penal. Tomo II, Bogotá: Editorial Temis, 1982 p. 360.

181. *Ibid.*, p. 361.

Haciendo una objetiva evaluación de nuestras instituciones o anexos psiquiátricos, donde terminan sus últimos “infelices” días quienes han tenido la desgracia de no ser “normales”, no podemos olvidar el testimonio de personas que han tenido el valor moral de desenmascarar la podredumbre que nuestra “sana” sociedad ha querido soslayar, con lapidarias intenciones curatorias, tutelares y rehabilitatorias.

Veamos como describe ARENAS SALAZAR, la “vida”, si es que así se puede llamar a la función biológica de respirar y defecar, que llevan los “habitantes” del anexo psiquiátrico de la Picota, en la ciudad de Bogotá:

Yo recuerdo que este hombre extraordinario, este fiscal que tanto admiramos del Tribunal de Medellín haciendo una defensa de los inimputables, buscando cómo aligerar esa carga que sobre ellos pesa, decía que tenía temor de excederse en los adjetivos, en los verbos, en los sustantivos. No, doctor ESCOBAR: hablando de los inimputables, no hay forma, no es posible exagerar; ningún verbo, ningún adjetivo, ningún sustantivo alcanza para describir su inenarrable miseria; ese hundimiento material, espiritual, no es posible describirlo.

Yo me aterraba con los psiquiatras conductistas que hablaban de lobotomía, y estamos en profundo desacuerdo con esas manipulaciones del hombre que chocan contra los más elementales principios de respeto y dignidad; pero cuando uno va al psiquiátrico de la Picota, encuentra que a todas las personas allí recluidas las mantienen dopadas, que a base de psicofármacos las mantienen absolutamente inocuidas, perdidas por completo, como entes, como vegetales; entonces, piensa uno que la lobotomía sería mejor, porque ese aniquilamiento espiritual, ese hundimiento mediante psicofármacos, no es compatible con la dignidad humana. No los guardan, no los tratan, no, los aniquilan: los inocuidan, les dan pastas; les dan psicofármacos que los mantienen siempre así. Eso, en mi opinión, es peor que todo<sup>182</sup>.

No menos patético y desgarrador, es el cuadro que nos “dibuja”, con esa sonora fluidez gramatical que lo caracterizó en los estrados judiciales, cuando clamaba y suplicaba por los locos; por los lumpenproletariados, por los in-

182. ARENAS SALAZAR, Jorge. El anexo psiquiátrico de La Picota: una vergüenza Nacional. En: Nuevo Foro Penal. N° 30. Bogotá (Ed. Temis. 1985). p. 504-505.

gentes, por quienes nacen procesados. Nos referimos a J. GUILLERMO ESCOBAR MEJIA, estandarte y adalid de los derechos humanos en Colombia. Oigámosle:

Aquí también los enfermos se espulgan, toman los piojos entre los dedos y con deleite se los comen... Duele la avidez, el gesto de gula. Esto revela que en ello hay algo más que lo demencial; así obran, también, los macúes, la más vejada tribu del Vaupés, grupo étnico casi extinguido. Y la asociación se hace clara, cuando al golpe luminoso de las filminas y la autorizada explicación científica del siquiatra registramos —lo que parece increíble— una involución a estadios prehistóricos del hombre. La causa: el hambre física.

El recién venido llega allí con energía. Podemos anticipar que es ágil.

Siente hambre. Quizás mucha, tal vez anormal.

Pero la comida es escasísima y sin valor proteínico y calórico.

Está encerrado. No tiene a quien pedir. No hay basuras para escarbar. Y el hambre es mucha y abundan las ratas y él es ágil. Y él es síntesis de la evolución de todos los tiempos: la criatura animal-humanoide y civilizada.

Entonces retorna al estadio primitivo de la caza y, en competencia con los demás, captura las gordas bestezuelas, y, feroz, con dientes que afila el instinto de conservación, las devora.

Aún está en la etapa de la agresividad-defensiva.

Luego, perdidas paulatinamente las fuerzas, por desaliento se sienta en un largo pasillo, como a meditar en su suerte; quédate allí inmóvil en el largo escalón o dintel de cemento que se une al muro que le sirve como forzoso espaldar. Como no hay más lugares para el descanso, sin concierto alguno se va conformando una fila, sin que ello constituya compañía o comunicación. Y el espectáculo es espectral, kafkiano, o delirio de POE, porque aquellos seres de apergaminados rostros, en su autismo, remedan una espantosa y estoica comparsa de momias.

Y, ¡oh, la grandeza del hombre!, finalmente, gradualmente, sobreviene un incomprensible recuerdo. Sicológicamente, no es posible. O tal vez sí. Pero, sea lo que fuere, todos se van, en turnos en su momento, acurrucando y adquieren posición fetal. Retornan al útero materno y, así, resguardados a tanta impiedad,

inmersos en el cálido líquido defensivo, nutridos por un imaginario cordón umbilical, mueren, algún día, por inanición<sup>183</sup>.

¿A cuál de estas muertes queremos enviar al indígena inimputable? Todo será cuestión de gustos. Pareciera que la controversia no diera espacio al análisis jurídico. La realidad cruda, opaca cualquier sentimiento axiológico, que tengamos sobre el tema.

Allí quedan los testimonios que ensombrecen las largas jornadas de discusiones, de artículos y de incisos. Quien lo creyera, que después de tantos debates, tantas controversias y tanta tinta vertida, culminemos este trabajo con un balance desolador: En Colombia, la realidad se impone a las buenas intenciones de nuestros legisladores. No hemos sido capaces de librar de una miserable muerte a nuestros hermanos, que se debaten en ilusiones sin contenido y que viven en un mundo, que no alcanzan a comprender, labrado en la mayoría de las veces, por sus hermanos que se consideran “cuerdos” e “inteligentes”.

De este desolador final, podemos concluir que es plausible la integración al ambiente natural indígena, de aquellas personas que la “civilización” no es capaz de brindarles una humana supervivencia. Su hábitat, está con los suyos, donde vive de acuerdo con sus propias costumbres y tradiciones, donde conservan un lenguaje propio y unas normas culturales también autóctonas, que les ha permitido sobrevivir a las influencias de ineficaces políticas integracionistas del Estado y al atropello tolerado por la justicia que ejercen los colonos e invasores ávidos de tierras y de riquezas.

No será que nuestra “civilización”, de pronto, adquiere conciencia de la realidad desgarradora que viven las discriminadas poblaciones indígenas y, tarde que temprano, se le dé la razón a las organizaciones internacionales que recomiendan el respeto de las “leyes” indígenas, inclusive, la jurisdicción de sus propios órganos de justicia y los procedimientos para aplicar sus propias leyes y costumbres.

Es destacable el abierto reconocimiento internacional al derecho aborigen y a la efectividad de éste, como órgano de control social dentro de las comunidades.

Lo cierto de todo esto, es que, lejos estamos de que haya pronunciado la última palabra en este intrínquilis difícil de desenmarañar. En ese sentido dejamos a consideración nuestras inquietudes.

183. ESCOBAR MEJIA, J. Guillermo. Conceptos Fiscales (Por los que nacen procesados). Bogotá: Editorial Temis, 1985. p. 119-120.